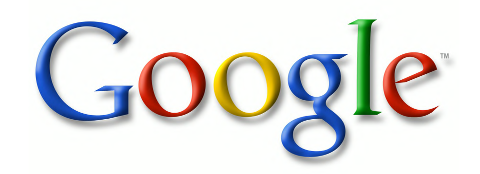


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

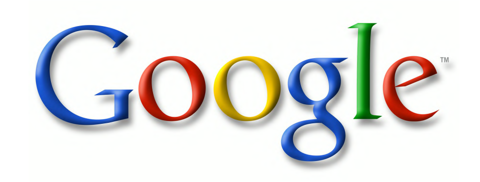
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

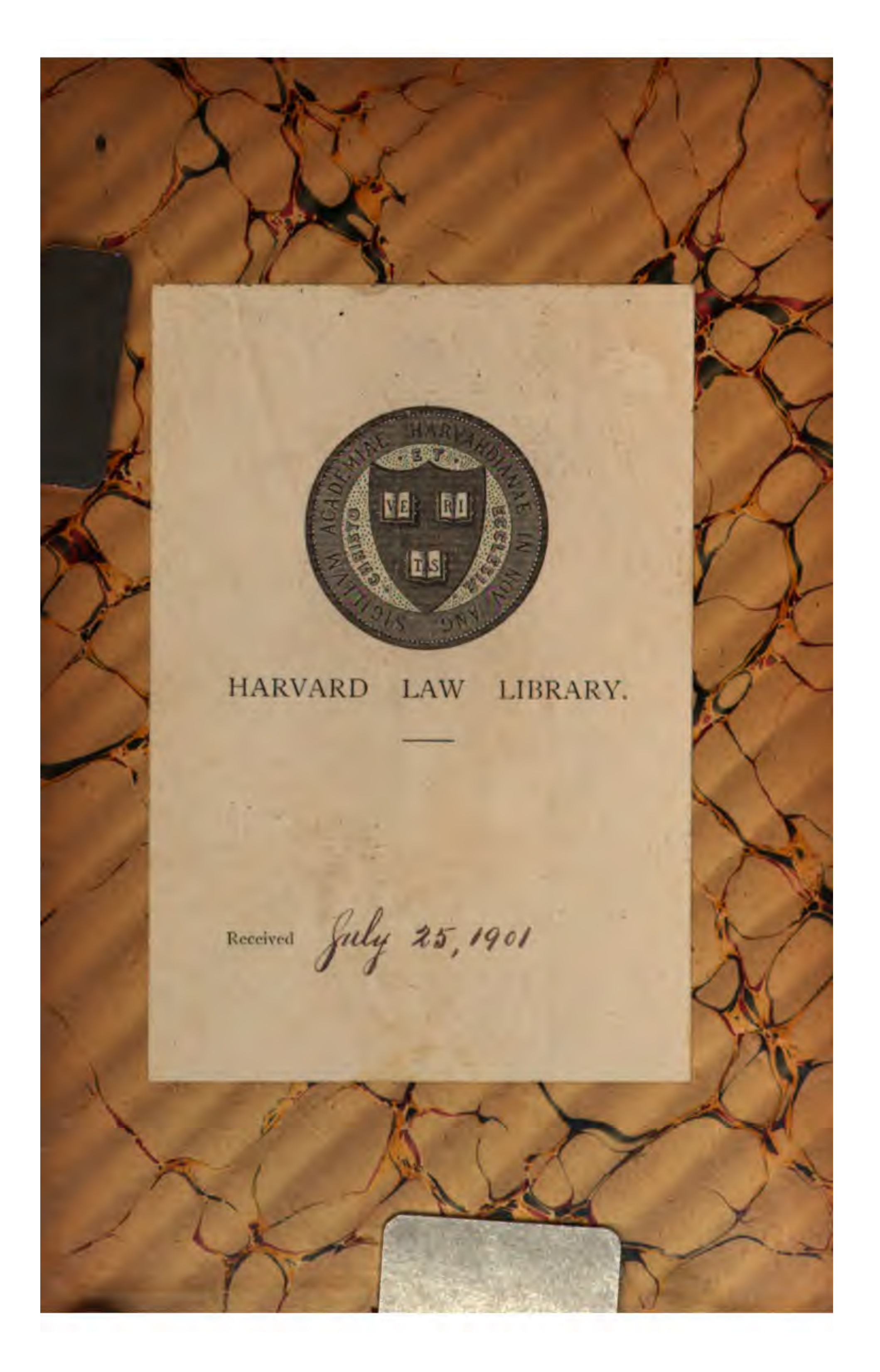
Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

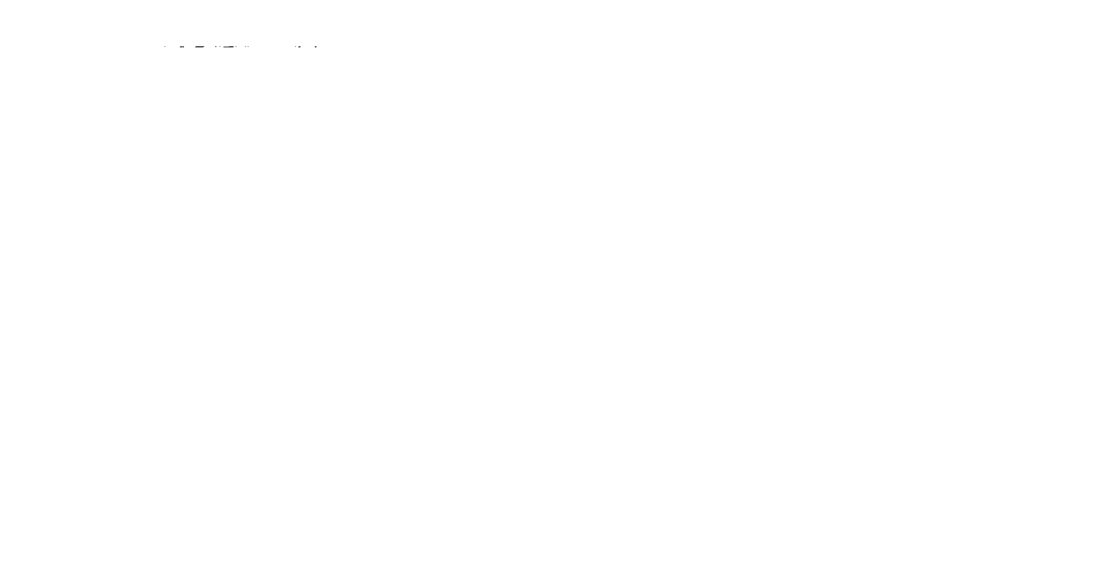
En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`




SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS
HARVARD LAW LIBRARY.
Received July 25, 1901



France



THÉORIE GÉNÉRALE

DE

LA POSSESSION

EN DROIT ROMAIN


IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
LVX VITAM
BAR-LE-DUC

THÉORIE GÉNÉRALE

DE

LA POSSESSION

EN DROIT ROMAIN

PAR

ED. VERMOND

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT
D'AIX-EN-PROVENCE

PARIS

LIBRAIRIE
DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE, ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1895

Rec. July 25, 1901

PRÉFACE.

Pour faire comprendre la raison d'être de ce travail, l'esprit dans lequel il a été conçu, je dois, en quelques mots, aussi brefs que possible, retracer l'état de la doctrine sur la théorie de la possession.

Il est peu d'ouvrages juridiques qui aient eu en ce siècle autant de célébrité, autant d'influence que le fameux traité de Savigny sur la possession. Sans doute, depuis sa publication, il avait soulevé de vives polémiques, sans doute bien des solutions qui y étaient contenues avaient été victorieusement combattues; mais, jusqu'au jour où Ihering eut fait paraître le *Fondement des interdits possessoires* et le *Rôle de la volonté dans la possession*, les notions fondamentales développées par Savigny étaient, on peut le dire, acceptées par tous : l'œuvre de Ihering mit fin à cet accord général, de telle sorte qu'aujourd'hui on se trouve en présence de deux théories de la possession absolument différentes.

Partant de cette idée que « les parties excellentes du « droit romain sont d'une nature si générale que le bon « sens pur, abstraction faite de toute éducation juridique, « aurait facilement pu les trouver, qu'un aussi mince « résultat ne valait pas la peine d'appeler à notre secours « des lois et des jurisconsultes d'il y a deux mille ans[1], » Savigny a été amené à se désintéresser complètement de la valeur pratique du droit romain, à ne pas rechercher si les solutions que lui révélaient les textes du droit romain donnaient en fait de bons résultats : il s'est habitué à ne considérer et à n'étudier le droit romain que comme un ensemble de théories merveilleusement construites, que comme un ouvrage d'art dû au génie des jurisconsultes romains que l'on doit admirer pour sa beauté extérieure et non pour son utilité. C'est conformément à ces notions que Savigny a édifié sa théorie de la possession. Deux principes la dominent : en premier lieu, il déclare que, si la possession est protégée, c'est parce que tout trouble apporté à la possession constitue un acte de violence dont on doit faire disparaître les conséquences; en outre, il considère que celui-là seul est possesseur qui joint à la détention matérielle de la chose l'*animus domini,* l'intention de se conduire comme propriétaire. Ces deux règles admises, Savigny a présenté une théorie de la possession, élégamment construite, logiquement déduite des principes posés, dans laquelle on retrouve toutes les qualités qui, suivant lui, justifient

[1] Citation faite par Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 2e édit., 1880, t. I, § 2, p. 18.

l'importance que l'on donne aujourd'hui encore à l'étude du droit romain. Mais cette théorie, excellente au point de vue logique, l'était-elle également si on se place au point de vue de son application? Donnait-elle, en réalité, satisfaction aux nécessités pratiques qui pouvaient demander la protection de la possession? C'était là une question dont s'était fort peu préoccupé Savigny; et l'on ne doit pas s'en étonner, étant donné le manque d'utilité qu'il y aurait, suivant lui, à étudier le droit romain autrement qu'au point de vue théorique : c'était au contraire la question que Ihering devait se poser avant toute autre. Cet interprète du droit romain, prenant, en effet, le contre-pied de la doctrine de Savigny, soutient que la valeur du droit romain est due beaucoup moins à l'élégance, à la logique juridique des théories construites par les jurisconsultes romains, qu'à la façon particulièrement habile avec laquelle ce droit a su se modeler sur les besoins de la vie courante et leur assurer satisfaction. Il était dès lors amené à dire que le droit romain ne pouvait, en matière de possession, comme en toute autre matière, d'ailleurs, consacrer qu'une théorie susceptible d'assurer aussi complètement, aussi commodément que possible, les résultats en vue desquels la pratique souhaitait la protection de la possession.

Ihering s'aperçut, en conséquence, que la théorie de Savigny était loin de mériter, comme théorie devant s'appliquer dans la pratique, les éloges qu'elle pouvait mériter comme œuvre de construction juridique : de là une nouvelle théorie de la possession proposée par ce juriscon-

sulte, absolument contraire à celle de Savigny. Pour lui, la possession est protégée parce que cette protection constitue le complément indispensable de la propriété : pour lui le possesseur est, en principe, celui qui a la chose entre les mains, sans qu'on ait à s'inquiéter du point de savoir s'il a ou non l'*animus domini;* pour lui, on ne considérera comme détenteur, comme ne jouissant pas des avantages de la possession, celui qui a la chose entre les mains, que lorsqu'il y aura des considérations d'utilité pratique qui commanderont d'admettre cette solution.

Certainement Ihering a eu raison de reprocher à Savigny de ne voir dans le droit romain qu'un ensemble de théories savamment construites, ne méritant d'être étudiées que pour la perfection même de leur construction; c'est à bon droit, par conséquent, qu'il lui a reproché de ne pas s'inquiéter suffisamment de la valeur pratique des théories du droit romain et de s'en tenir à en faire ressortir la valeur spéculative : aussi, à mon avis, doit-on reconnaître que Ihering a démontré que les notions fondamentales de la doctrine de Savigny étaient inacceptables. Mais il y a lieu de se demander si, comme bien des innovateurs, Ihering n'a pas été trop loin dans la voie qu'il a ouverte, si, après avoir eu le mérite d'établir que le droit romain, notamment dans la matière de la possession, doit être étudié pour la façon véritablement remarquable avec laquelle il satisfait les aspirations de la pratique, il n'a pas eu le tort de ne tenir compte que de cette considération, en laissant de côté d'une façon absolue ce qui a trop préoccupé Savigny, à savoir le carac-

tère systématique du droit romain. Et, en effet, la théorie de la possession, telle que la conçoit Ihering, apparaît comme étant une théorie essentiellement utilitaire, n'ayant pour ainsi dire à sa base aucun principe juridique, protégeant celui qui, en pratique, paraît digne de protection, laissant sans protection celui qui ne semble pas devoir en bénéficier, sans qu'aucune raison de droit préside à cette distinction. C'est là ce qui résulte de tous les développements présentés par Ihering dans son traité sur le rôle de la volonté dans la possession : c'est également l'idée exprimée par mon savant collègue M. Cuq[1] qui ne trouve d'autre explication qu'une explication historique à donner à propos de l'existence de ces solutions admises en droit romain et qu'il n'hésite pas à qualifier d'incohérentes[2].

Quoi que puisse dire Ihering, le droit romain, fort remarquable, comme il l'a montré, à raison de la manière dont il tient compte des besoins de la pratique, l'est aussi, comme le prétend Savigny, à raison de l'habileté dont ont fait preuve les jurisconsultes romains dans leurs constructions juridiques; ils ont toujours su concilier avec un grand art l'intérêt pratique et la logique juridique, et édifier au moyen de quelques principes nettement posés des théories dans lesquelles les heureuses conséquences qui en découlent ne sont nullement acquises au détriment de l'élégance et de la logique de leurs doctrines. Serait-ce

[1] *Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire : Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1894, p. 6.

[2] V. Cuq, article cité, p. 49, 59.

donc seulement dans la matière de la possession qu'il en aurait été autrement? Est-il admissible que les Romains aient, en ce cas unique, échoué dans une tentative où d'ordinaire ils réussissent si bien? Telle est la question qui doit être étudiée. En établissant la théorie générale de la possession, nous montrerons que, si l'on doit adopter en cette matière les idées fondamentales professées par Ihering, on doit reconnaître cependant que cette théorie comme toutes les théories romaines est une théorie parfaitement juridique et non pas seulement utilitaire, fondée par conséquent sur des principes certains, ne contenant pas de solutions incohérentes.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

DU FONDEMENT DE LA PROTECTION ACCORDÉE A LA POSSESSION.

1. — On peut, au début de l'étude que nous entreprenons, donner une idée suffisamment exacte de la possession, sauf à la préciser plus tard, en disant que la possession n'est autre chose que le rapport matériel existant entre une personne et une chose, rapport consistant en ce que cette chose est mise en contact avec la personne qui a justement recherché, désiré ce contact pour être à même de s'en servir et d'en tirer les avantages qu'elle est susceptible de procurer.

Cette définition acceptée, on doit, semble-t-il, en conclure que la possession n'implique nullement l'existence d'un droit au profit du possesseur sur la chose possédée : constater qu'une personne possède une chose, c'est constater qu'en fait elle a cette chose entre les mains, qu'elle peut en fait en faire ce qu'elle veut : mais on ne saurait prétendre que, parce qu'elle possède la chose, cette personne ait un droit sur elle, et qu'elle puisse légalement en retirer les avantages qui physiquement sont à sa disposition. Et de suite on est amené à se poser la question suivante.

2. — Puisque la possession n'est autre chose qu'un simple état de fait, que le contact volontaire établi entre le possesseur et la chose possédée, la possession ne doit-elle pas rester un acte indifférent au droit, dont le législateur ne

doit par conséquent nullement se préoccuper? Le législateur a pour unique mission de déterminer les droits de chacun : ne doit-il pas dès lors considérer comme étant en dehors de son domaine une situation de fait qui par elle-même ne confère aucun droit sur la chose?

Nous nous trouvons par suite en présence d'une des questions qui ont le plus divisé les interprètes du droit romain et sur laquelle l'accord est encore loin d'être fait.

Pourquoi le législateur s'occupe-t-il de la possession? Pourquoi la protège-t-il? Quel est le fondement de la protection possessoire?

Il est à remarquer que cette question théorique n'a jamais été étudiée sous cette forme doctrinale par les jurisconsultes romains : dans les nombreux textes qui nous sont parvenus et qui ont trait à la possession, ils se sont bornés à présenter les solutions aux différentes difficultés pratiques que la possession a fait naître; jamais ils n'ont exposé l'opinion qu'ils pouvaient avoir adoptée sur le fondement qui devait être reconnu à la protection de la possession.

Il ne faudrait pas croire cependant, en présence du silence gardé par les textes, que l'étude de la question posée n'offre qu'un intérêt théorique, ne devant en conséquence avoir aucune influence sur les règles de droit positif établies par le législateur relativement à la possession. En réalité, il en est tout autrement : la réglementation de la possession, ainsi que cela apparaîtra nettement par la suite, se rattache intimement au fondement de la protection possessoire, et par conséquent ces dispositions prises par la loi seront très différentes suivant que le législateur aura admis que c'est pour un motif ou pour un autre que la possession doit être protégée.

Et l'importance même de la solution donnée à notre question théorique sur les règles établies par le droit positif, permettra d'arriver à établir pourquoi le droit romain protégeait la possession. Et, en effet, si ces textes du droit romain, comme je viens d'en faire la remarque, ne répon-

dent pas directement à la question qui vient d'être posée, ils fournissent une grande quantité de solutions à des difficultés pratiques pouvant s'élever relativement à la possession, solutions qui ne sont que les conséquences de la théorie admise par le droit romain relativement au fondement de la protection de la possession : il sera donc possible, en remontant de ces conséquences au principe qui les a dictées, de découvrir pourquoi les Romains ont jugé nécessaire de protéger la possession.

Je dois pour cela revenir sur la proposition que je viens d'émettre à savoir que la possession, n'étant qu'un simple état de fait, par conséquent indifférent au droit, ne peut être protégée pour elle-même et en établir le bien fondé.

Ce premier résultat acquis, quand il sera ainsi démontré que ce n'est pas la possession en elle-même qui est protégée, je pourrai aborder directement la question posée et rechercher quelle est la cause étrangère à la possession qui en justifie la protection.

SECTION I.

La possession, simple état de fait, ne peut être protégée pour elle-même.

3. — L'exactitude de cette proposition a été contestée à deux points de vue : on a tout d'abord nié que la possession soit un simple état de fait; on a aussi prétendu que, quoique constituant un simple état de fait, la possession devait pour elle-même, sans qu'il y ait à invoquer d'autre raison, préoccuper le législateur, devait être protégée par lui. Il faut donc combattre cette double allégation.

4. — Que tout d'abord la possession constitue un simple état de fait, c'est là une proposition qui nè me paraît pas devoir faire l'objet d'un doute sérieux : ces textes le disent d'une façon formelle. Ainsi la loi 1 § 3 et 4 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, nous dit en parlant de la possession : *eam (possessionem) enim rem facti, non juris esse, quoniam res facti infirmari jure civili non potest.* Et certaines solutions consacrées par le droit romain ne s'expliquent que par cette raison que la possession n'est pas un droit, mais un simple état de fait.

Le possesseur d'une chose devient captif : il revient ensuite à Rome et jouit en conséquence du *jus postliminii* : quel va être l'effet du *jus postliminii* par rapport à la possession qu'avait exercée ce captif antérieurement à sa captivité?

Tryphoninus, dans la loi 12 § 6 D., *De capt.*, liv. 49, t. 15, nous dit que « pour tout ce qui constitue un droit, tout se « passe, lorsque le captif de retour jouit du *postliminium*, « comme s'il n'avait jamais été au pouvoir de l'ennemi. » Appliqué à la possession, ce principe commanderait, à

propos de l'hypothèse proposée, la solution suivante : le captif, de retour à Rome, devrait être considéré comme recouvrant la possession avec effet rétroactif, de telle façon qu'il serait censé avoir toujours été possesseur, même pendant tout le temps qu'a duré sa captivité. Or telle n'est pas la solution donnée par les textes. Voici en effet comment répond à la question ce même jurisconsulte Tryphoninus dans la loi 12 § 2 D., *De capt.*, liv. 49, t. 15. « Une disposi-« tion de loi ne saurait faire qu'une circonstance de fait qui « ne s'est pas produite, se soit produite : par suite il y a « interruption de l'usucapion des choses qu'une personne « usucapait par elle-même, alors même qu'elle en recou-« vrerait ensuite la possession : il est certain en effet qu'il « y a eu cessation de la possession. »

Ainsi donc, contrairement à ce qui est admis pour les droits en général, le captif de retour ne recouvre pas *ipso facto* et rétroactivement la possession par l'effet du *jus postliminii* : non seulement il ne recouvre pas la possession rétroactivement, mais il ne redevient possesseur que si effectivement il commence une nouvelle possession. C'est donc que la possession n'est pas un droit, mais un simple état de fait : d'ailleurs Tryphoninus le dit d'une façon bien nette au début même de la loi que je viens de citer quand il déclare que *Facti causæ infectæ nulla constitutione fieri possunt*, qu'une disposition législative ne peut pas faire qu'un fait qui n'a pas eu lieu se soit produit en réalité. Si, à son retour de captivité, le captif n'est possesseur qu'autant qu'il s'est remis en contact avec la chose, s'il n'est pas réputé avoir été possesseur pendant la captivité, c'est parce que la loi ne saurait faire que ce fait du contact matériel entre la personne et la chose, c'est-à-dire la possession, ait eu lieu, quand en réalité il n'a pas existé.

Au reste Papinien dans la loi 19 D., *Ex quib. caus. majores*, liv. 4, t. 6, donne la même solution que Tryphoninus et la motive de la même façon.

En présence de textes aussi formels, devons-nous attacher

une bien grande importance à la loi 49 *pr.,* et § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, qui paraît bien déclarer que la possession n'est pas un simple état de fait mais participe du droit? Devons-nous, parce que la loi 49 *pr.* dit que « *plurimum ex jure possessio mutuatur,* » parce que la loi 49, § 1, déclare que « *possessio non tantum corporis sed et juris est,* » en conclure que, malgré les raisons déjà présentées, la possession n'a pas été considérée par les Romains comme une simple situation de fait?

Je ne le crois pas : en réalité, malgré les apparences, ces textes ne sont nullement contraires à la notion que la possession est un simple état de fait. Et, en effet, si, comme je l'ai démontré, la possession est un simple état de fait, ce n'est pas un état de fait analogue à tout autre, puisque le législateur s'en est préoccupé et lui a assuré une protection. Dès lors les deux passages que je viens de citer ne font que marquer cette condition toute spéciale qui est faite ainsi à la possession. N'est-il pas vrai de dire que cette situation de fait emprunte beaucoup au droit, ne constitue pas une situation dont se désintéresse le droit? Et le jurisconsulte n'aurait-il pas dit bien nettement que la possession est un droit, si telle avait été sa pensée? Par cela même qu'il se contente d'avancer que la possession emprunte beaucoup au droit, que la possession consiste non seulement dans le fait matériel d'appréhension de la chose, mais encore dans un rapport juridique, Papinien reconnaît que la possession est avant tout une situation de fait. Et, d'ailleurs, cette façon d'expliquer les expressions employées dans la loi 49 *pr.,* et § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, est la seule qui ne mette pas Papinien en contradiction avec lui-même; car c'est ce même jurisconsulte qui dans cette loi nous dit : *plurimum ex jure possessio mutuatur et possessio non tantum corporis sed et juris est,* qui dans la loi 19 D., *Ex quib causis majores,* liv. 4, t. 6, que je viens de citer, déclare que *possessio plurimum facti habet.*

5. — Il est donc établi que la possession constitue un simple état de fait : j'en ai conclu que la possession prise en elle-même, indépendamment de toute autre considération, ne pouvait donner lieu à aucune mesure de protection établie par le législateur. Mais c'est là, ainsi que je l'ai indiqué un peu plus haut, une proposition qui n'est pas unanimement admise. Certains interprètes qui reconnaissent que la possession est un simple état de fait ont cependant soutenu que la possession devait être protégée comme telle : il faut donc insister à cet égard.

Pour soutenir que la possession, quoique ne constituant qu'un simple état de fait, doit être protégée pour elle-même, on a invoqué le principe suivant : Nul ne peut vaincre autrui suivant les principes du droit, s'il ne fait la preuve d'un droit meilleur. Si l'on applique ce principe à la matière de la possession, on dira que celui qui possède une chose, qui par conséquent se trouve dans une situation de fait telle qu'il exerce en réalité sur cette chose toutes les prérogatives du droit de propriété, doit être maintenu dans cette situation de fait jusqu'à ce qu'un autre ait démontré avoir sur cette chose un droit meilleur. On le voit donc, ce principe conduit nécessairement, dit-on, à cette solution que la possession, c'est-à-dire le fait d'être en contact volontaire avec la chose, doit être protégée par le législateur pour elle-même sans qu'il soit besoin d'invoquer d'autres considérations[1].

On doit reconnaître que le principe qui a été mis en avant pour établir ce système est exact, mais l'application qui en est faite est certainement défectueuse.

C'est avec raison que l'on proclame que nul ne peut vaincre autrui s'il ne fait la preuve d'un droit meilleur, mais ce principe ne saurait suivant moi justifier la théorie romaine sur la possession. D'après cette théorie, le possesseur a non seulement le moyen de se défendre contre les

[1] Thibaut, *System des Pandektenrechts*, 8e édit., p. 203-204.

attaques qui sont dirigées contre lui et qui ont pour but de le troubler dans la situation où il se trouve ; il a également des moyens d'action qui lui permettront de recouvrer la possession qu'il a perdue. Or, si le principe indiqué peut être proposé pour expliquer l'existence d'un moyen de défense au profit du possesseur, il est tout à fait insuffisant pour rendre compte des moyens d'action qui lui sont reconnus par le droit romain.

Appliqué à la matière de la possession, le principe qui sert de base à la théorie que je combats se formule dans l'adage *In pari causa melior est causa possidentis*, d'après lequel, quand il se produit relativement à une chose déterminée des difficultés entre deux personnes qui ne peuvent ni l'une ni l'autre établir qu'elles ont un droit sur la chose, on préfère la personne qui a la chose entre les mains, de manière à maintenir l'état de choses existant. Mais il ne saurait donner que ce résultat, il ne saurait avoir pour conséquence de faire naître une action qui permette, comme cela se produit en droit romain, au possesseur de recouvrer la possession. Et en effet reconnaître une action à celui qui veut recouvrer la possession qu'il a perdue, qui veut recouvrer la situation de fait qu'il avait auparavant, c'est lui permettre de troubler le nouvel état de fait qui s'est produit, de troubler celui qui se trouve actuellement en possession : c'est donc, étant donné le principe qui sert de fondement à la théorie opposée, dire que celui qui était antérieurement possesseur a un droit supérieur au nouveau, puisque celui-là seul peut triompher en justice qui a un droit supérieur à l'adversaire, c'est dire que la possession n'est pas une simple situation de fait mais un droit. Il est donc impossible d'admettre que le fondement de la protection possessoire se trouvé dans le principe : Nul ne peut vaincre autrui, s'il ne fait la preuve d'un droit meilleur, puisque bien certainement le droit romain n'a jamais considéré la possession comme un droit.

J'ai donc ainsi établi la vérité de la proposition que j'é-

mettais : La possession n'est qu'un simple état de fait ; par conséquent, le législateur n'a pas pu la protéger pour elle-même.

Et alors se pose naturellement, ce premier point acquis, cette nouvelle question qui donne lieu à beaucoup plus de difficultés :

Pourquoi la possession est-elle protégée en droit romain ?

SECTION II.

Pourquoi la possession est-elle protégée?

6. — Mon intention n'est pas de faire une étude complète de cette question : il s'est produit à ce sujet tant d'explications différentes que l'exposition qui devrait en être faite m'entraînerait beaucoup trop loin : je me bornerai donc à exposer sur le fondement de la protection possessoire tout ce qu'il est nécessaire d'en connaître pour pouvoir exposer la théorie générale de la possession qui est l'objet principal de ce travail. Je ne m'attarderai pas en conséquence à passer successivement en revue toutes les théories qu'ont échafaudées les interprètes du droit romain; il me suffira d'établir les différentes propositions qui doivént faire admettre l'explication que j'adopte sur ce point.

Il faut, suivant moi, reconnaître tout d'abord que, si la possession est protégée en droit romain, c'est parce que le droit romain a voulu protéger la possession, et, par conséquent, écarter *à priori* toute théorie qui déclare que si la possession a été protégée à Rome, c'est parce que cette protection n'était que la conséquence indirecte de mesures prises par le législateur dans un autre but.

Si, a-t-on dit, le possesseur est protégé, c'est parce que celui qui trouble la possession commet un délit contre le possesseur : ce qu'a voulu le législateur, c'est réprimer le délit, et la protection de la possession que l'on ne recherchait aucunement n'est que la conséquence de la répression du délit. Telle est l'idée fondamentale de beaucoup de théories sur le fondement de la protection de la possession : se distinguant les unes des autres en ce que ce n'est pas le même délit qui est considéré par chacune d'elles comme étant réprimé, elles présentent toutes ce caractère commun

de ne voir dans la protection assurée à la possession que la conséquence de la répression d'un délit [1].

Or, cette idée me paraît fausse : en le démontrant, j'aurai par là même écarté toutes les théories qui en font leur principe fondamental.

La possession est protégée par deux moyens : tout d'abord par les interdits *retinendæ possessionis* grâce auxquels le possesseur peut faire cesser le trouble apporté à sa possession et par conséquent la conserver, ensuite par les interdits *recuperandæ possessionis* qui permettent à un ancien possesseur de recouvrer dans certains cas la possession qui lui a été enlevée. Commençons par nous occuper des interdits *retinendæ possessionis*. Il me paraît aujourd'hui certain que les interdits *retinendæ possessionis* n'ont aucun caractère pénal, n'ont par conséquent pas été établis en vue de réprimer un délit. Gaius et Ulpien, le premier dans le § 148 C. IV, le second dans la loi 1, § 3 D., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17, répondent précisément à la question que nous nous efforçons de résoudre, relativement à l'interdit *uti possidetis* et nous montrent quelle était l'utilité de cet interdit.

« Toutes les fois qu'il y a débat sur une question de pro-« priété, nous dit Ulpien, ou bien il y a accord entre les « plaideurs sur le point de savoir qui a la possession, ou « bien cet accord n'existe pas. S'il y a accord, tout est sim-« ple. C'est celui à qui la possession est reconnue qui « jouira des avantages qu'elle procure, c'est l'autre partie « qui aura à jouer le rôle du demandeur dans la revendi-« cation. Mais, s'il y a discussion sur le point de savoir « qui possède, chacune des deux parties prétendant avoir

[1] Bruns, *Recht des Besitzes im mittelalter*, Tubingen, 1848, p. 58; Randa, *Der Besitz nach östen. Rechte*, Leipzig, 1865, p. 8; Windscheid, *Pandectes*, § 148, note 6; Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, traduit de l'allemand par H. Staedtler sur la 1re édit. originale, 2e édit., § 2, p. 6 et 7; § 37, p. 386; § 38, p. 393; § 39, p. 399; Rudorff, *Zeitschr. für geschichte Rechtswiss.*, vol. 7, p. 90-114.

« la possession, alors si le débat porte sur un immeuble, « on aura recours à l'interdit *uti possidetis.* »

« Il y a lieu, nous dit Gaius, de délivrer un interdit « *retinendæ possessionis* quand il y a débat sur la propriété « et quand il y a tout d'abord à se demander quelle est « celle des deux parties qui doit posséder, quelle est celle « qui doit jouer le rôle de demandeur : de là ces interdits « *uti possidetis* et *utrubi.* »

Et Ulpien s'occupant, dans un autre passage, de déterminer quel est le résultat que donne l'exercice de l'interdit *retinendæ possessionis,* s'exprime ainsi dans la loi 35 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

« Le résultat du débat sur la possession est seulement « d'amener le juge à déclarer qui possède; par suite, « celui contre lequel la décision aura été rendue dans ce « débat sur la possession, devra jouer le rôle de deman- « deur, lorsqu'il soulèvera la question de propriété. »

Ces textes, auxquels on pourrait ajouter beaucoup d'autres fragments du Code[1], nous indiquent de la façon la plus nette quel était, à Rome, le rôle de l'interdit *uti possidetis :* il peut s'élever un débat relativement à la possession d'une chose; ce sera notamment comme préliminaire à un débat sur la propriété, à l'effet de déterminer qui sera demandeur, dans l'action en revendication, le demandeur devant être celui qui ne possède pas; l'interdit *uti possidetis* sera, au cas où l'objet en litige est un immeuble, le moyen donné pour soumettre la difficulté au juge : c'est donc la voie d'action donnée aux parties pour mettre fin à un débat sur la possession, comme la revendication est offerte aux parties pour soumettre à la justice la question de propriété.

Telles étant les indications qui nous sont fournies par les textes, la réflexion suivante se présente à l'esprit :

Comment se fait-il que les jurisconsultes romains, que

[1] L. 13 C., *De rei vind.,* liv. 3 t. 32; L. 3 C., *De interd.,* liv. 8, t. 1.

notamment Gaius et Ulpien, s'occupant de nous indiquer la raison d'être de l'interdit *uti possidetis*, s'attachent à mettre en lumière que cet interdit *uti possidetis* va permettre de demander à la justice la solution de la *controversia possessionis*, de la question de savoir qui est possesseur, et ne laissent entendre en aucune façon que cet interdit ait pour objet de réprimer un fait délictueux? Comment expliquer que tous les jurisconsultes soient muets sur ce point? Si l'interdit *uti possidetis* avait eu principalement le caractère pénal et n'avait servi qu'indirectement par voie de conséquence à déterminer qui est possesseur, les jurisconsultes romains n'auraient pas manqué, lorsqu'ils parlaient de la raison d'être de l'interdit *uti possidetis*, je ne dis pas seulement de signaler ce caractère pénal, mais d'insister à cet égard.

Cette considération ébranle fortement déjà la théorie d'après laquelle c'est en vue de réprimer un délit que l'interdit *uti possidetis* a été établi; et l'on est amené à la repousser définitivement quand on voit des textes du droit romain exposer des hypothèses dans lesquelles très certainement il peut y avoir lieu à des débats sur la possession, à la *controversia possessionis*, dans lesquelles très certainement aussi il est impossible de trouver un fait délictueux qui puisse servir de base à un interdit qui aurait le caractère pénal. Et alors disparaît la seule raison que pourraient invoquer les interprètes du droit romain qui fondent sur l'existence d'un délit à réprimer l'interdit *uti possidetis*, à l'effet d'expliquer le silence des jurisconsultes sur ce point : si, en effet, ils voulaient prétendre que, si les jurisconsultes n'en parlent pas, c'est parce qu'on ne saurait comprendre un débat sur la possession qu'autant qu'il y a eu trouble apporté à la possession par un fait délictueux, on pourrait en effet écarter ces allégations précisément en citant ces hypothèses dans lesquelles on ne saurait trouver les éléments d'un délit et dans lesquelles, cependant, il peut y avoir lieu à *controversia possessionis*.

Ainsi Julien dans la loi 38, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, nous dit que la remise de la possession peut être faite sous condition, et il en tire cette conséquence que, quoique la chose soit remise à l'*accipiens*, la possession ne sera acquise à l'*accipiens* que le jour où la condition sera accomplie. Que l'on suppose que, dans ces circonstances, une difficulté s'élève sur le point de savoir si la condition est ou non accomplie : il y aura un débat sur la possession, une *controversia possessionis*. Or, en ce cas, il sera bien difficile de trouver le fait délictueux qui serait soi-disant nécessaire pour que l'interdit *uti possidetis* puisse être exercé. Et, cependant, il est bien impossible de ne pas admettre qu'on devra avoir recours à cet interdit. Il y a *controversia possessionis*, et l'on se trouve précisément dans l'hypothèse prévue par Ulpien et Gaius : *inter ipsos contenditur*, comme le dit Ulpien[1], *uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat.*

Dès lors, n'est-on pas fondé à conclure qu'un interdit qu'aucun jurisconsulte romain ne considère comme un interdit pénal, qui trouve son application dans des hypothèses où il n'y a pas de délit à punir, ne saurait être considéré comme un interdit créé, établi en vue de réprimer des délits?

Suffit-il, pour détruire la valeur des arguments qui viennent d'être présentés, de s'en référer à la formule de l'interdit *uti possidetis*, comme le fait Savigny, de remarquer que cette formule se termine par les mots : *vim fieri veto*, et d'en tirer cette conséquence que, puisque le préteur défend en cette matière qu'on emploie la violence, il a entendu par là même réprimer l'acte illégal de violence qui a troublé la possession, et qu'il n'a protégé la possession que par voie de conséquence, parce qu'il a puni ce délit qui l'a troublée?

En réalité, la formule même de l'interdit *uti possidetis*,

[1] L. 1, § 3, *Uti poss.*, liv. 43, t. 17.

bien loin d'être favorable aux auteurs qui l'invoquent, se retourne contre eux.

Prenons en effet des interdits qui, de l'aveu de tous, ont un caractère pénal, qui ont été établis en vue de punir un fait délictueux : la formule même de l'interdit montre que cet interdit est relatif à un fait déjà commis : c'est ainsi que l'interdit *quod vi aut clam* est ainsi conçu[1] : *Quod vi aut clam factum est..... restituas;* c'est ainsi encore que l'interdit *unde vi* est formulé de la façon suivante[2] : *Unde vi illum dejecisti, aut familia tua dejecit..... judicium dabo.* La façon dont s'exprime le préteur dans ces deux interdits montre, sans qu'il puisse y avoir à ce sujet le moindre doute, qu'il a voulu réprimer un fait antérieur à l'émission de l'interdit. En est-il de même dans l'interdit *uti possidetis*[3] : *Uti nunc possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto?* Il est bien difficile d'admettre que cette défense du préteur s'applique à un fait déjà commis. Non seulement il n'apparaît pas, comme dans les interdits que je viens de vous citer, que le préteur veut ainsi réprimer un délit déjà commis, mais le sens naturel de la formule de l'interdit est que le préteur défend qu'à l'avenir, par un acte de violence, on ne trouble la possession telle qu'elle existe au moment où l'interdit a été émis. La formule invoquée ne saurait donc, comme le prétend Savigny, établir que la délivrance de l'interdit suppose un acte illégal commis antérieurement; elle défend seulement qu'à l'avenir on apporte par un fait de violence un changement à la possession actuelle.

Cette démonstration suffirait pour établir que l'interdit *uti possidetis* ne suppose nullement un fait délictueux déjà commis : cependant je la compléterai par des raisons décisives tirées du § 170, C. IV, Gaius, tel qu'il a été restitué grâce à la *recensio* du manuscrit de Gaius faite par Studemund.

[1] L. 1 pr. D., *Quod vi aut clam*, liv. 43, t. 24.
[2] L. 1 pr. D., *De vi et vi arm.*, liv. 43, t. 16.
[3] Gaius, C. IV, § 160.

Que résulte-t-il de ce paragraphe 170?

Après l'émission de l'interdit *uti possidetis,* il ne saurait y avoir de suite instance en justice; pour que la procédure suive son cours, il faut que chacune des parties commette un acte de violence réel ou simulé à l'encontre de son adversaire de façon à donner naissance à l'action promise par l'interdit, il faut qu'après cet acte de violence, les parties procèdent à la *fructuum licitatio,* aux *sponsiones* et *restipulationes* qu'exige la procédure de l'interdit *uti possidetis.* Dès lors, nous dit le paragraphe 170, il arrive parfois que, pour éviter la condamnation, certaines parties se refusent à accomplir ces formalités, de telle sorte que forcément les choses restent en l'état, et qu'il ne peut intervenir de décision judiciaire. Et Gaius ajoute que, pour vaincre cette mauvaise volonté, il y aura lieu à des *interdicta secundaria.*

Cela dit, revenant à notre question, on trouve dans ce paragraphe 170 une nouvelle preuve de l'impossibilité où l'on se trouve de voir dans l'interdit *uti possidetis* un interdit ayant un caractère pénal. S'il avait eu ce caractère, aurait-il été réglementé de telle façon que l'auteur du fait délictueux pût, en se refusant à accomplir certaines formalités, échapper à la condamnation? Il aurait été certain qu'il n'aurait jamais manqué de le faire. Au contraire si on admet que l'interdit *uti possidetis* a pour but de permettre d'arriver à une solution dans une *controversia possessionis*, cette réglementation de la possession ne paraît pas irrationnelle. On ne saurait craindre *a priori* que l'une des parties se refuse à accomplir les formalités exigées pour l'exercice de l'interdit : chacune des deux parties estimant avoir droit à la possession, elles feront toutes les deux tout ce qui sera nécessaire pour arriver à une décision judiciaire, et il n'en sera autrement que par exception : aussi ce ne fut que quand la pratique eut fait connaître ce danger qu'on y remédia au moyen des *interdicta secundaria.*

J'ajouterai que le § 170 vient confirmer d'une façon très

nette la proposition émise, à savoir que, dans l'interdit *uti possidetis,* le préteur ne vise qu'un fait ultérieur de violence quand il dit : *vim fieri veto.* Et en effet, le § 170 nous dit que, l'interdit une fois émis, il faut qu'il y ait un acte nouveau de violence, il faut que « *vis fiat* » pour qu'il y ait action en justice donnée conformément à cet interdit, Pourquoi exiger un nouveau fait de violence si l'interdit avait eu pour but d'en punir un qui aurait été commis antérieurement[1] ?

Il faut donc conclure en disant que l'interdit *uti possidetis* n'a nullement un caractère pénal, qu'il n'a nullement été établi en vue de réprimer un délit. D'ailleurs ce qui a été admis pour l'interdit *uti possidetis* devrait être également répété pour l'interdit *utrubi* qui joue relativement à la possession des meubles le même rôle que l'interdit *uti possidetis* pour la possession des immeubles. Les interdits *retinendæ possessionis* ont été employés en droit romain non pas en vue de réprimer un délit mais en vue d'arriver à la solution d'une *controversia possessionis*[2].

Passons maintenant aux interdits *recuperandæ possessionis.* Ici, on ne peut plus écarter, comme on l'a fait pour les interdits *retinendæ possessionis,* la notion de délit ; cette notion joue au contraire un rôle important dans les interdits *recuperandæ possessionis.* Ihering lui-même qui, en écrivant son ouvrage sur le fondement des interdits *possessionis,* a surtout voulu combattre la théorie de Savigny, et par conséquent montrer que, si la possession était protégée à Rome, ce n'était pas comme conséquence de la répression d'un délit, est bien obligé d'admettre que tout au

[1] Voir sur l'explication du § 170, C. IV, Gaius, à propos duquel je n'ai pu donner que des indications très succinctes un très remarquable article de M. R. Saleilles, *La controversia possessionis et la vis ex conventu à propos de l'interdit uti possidetis. Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1892, p. 245-314.

[2] Saleilles, *loc. cit.*, p. 270; Ihering, *Fondement des interdits possessoires*, trad. Meulenaere, p. 17, 84 et suiv.

moins le plus important des interdits *recuperandæ possessionis, l'interdictum unde vi* a un caractère pénal[1]. « On « ne peut, dit-il, reconnaître l'existence de cette nature « délictueuse que dans un seul interdit, dans l'*interdictum* « *unde vi;* on doit la nier dans tous les autres. »

Il faut, suivant moi, aller plus loin qu'Ihering dans cette voie et déclarer que tous les moyens créés par le droit romain à l'effet de permettre de recouvrer la possession, interdits *unde vi, de clandestina possessione, de precario, actio momentariæ possessionis,* ont un caractère pénal. Je m'en tiens pour le moment à cette affirmation qui demandera dans la suite, pour être établie, de longues explications.

Mais, cette proposition étant considérée comme établie que les interdits *recuperandæ possessionis* ont été créés en droit romain en vue de réprimer des délits, on n'a pas encore justifié la raison d'être de ces interdits. Et, en effet, peut-on dire, était-il vraiment bien nécessaire de créer ces interdits pour réprimer ces délits? Est-ce que l'on n'aurait pas pu, en matière de possession, avoir recours aux moyens donnés à l'encontre de ces mêmes délits en toute autre matière?

Comme le remarque Ihering[2] :

« S'il était vrai que le préteur eût voulu, par les inter- « dits possessoires, créer seulement une nouvelle espèce « d'actions pour délits, ce serait vainement que l'on cher- « cherait à justifier l'utilité de son innovation, car les « actions existantes suffisaient amplement : pour le trouble « à la possession, l'interdit *quod vi aut clam* et l'*actio inju-* « *riarum,* pour la soustraction de la possession, l'*actio* « *furti,* qui dans le droit ancien s'étendait même aux choses « immobilières, et comprenait à la fois la soustraction

[1] Ihering, *Fondement des interdits possessoires*, trad. Meulenaere, p. 16.

[2] Ihering, *ibid.*, p. 18.

« clandestine et la soustraction violente, et aurait pu au « besoin s'étendre même au précariste. »

D'un autre côté, suivant une autre remarque de Ihering[1], comment peut-on expliquer que ces interdits *recuperandæ possessionis* ne soient donnés qu'au seul possesseur?

Un délit, par exemple le délit de violence, pouvant donner lieu à un interdit possessoire, à l'interdit *unde vi*, s'il s'agit de violence, a été commis : pourquoi le détenteur, le locataire par exemple qui a été *dejectus vi* ne peut-il pas comme le possesseur se prévaloir de cet interdit? N'est-il pas victime du délit commis comme le serait le possesseur lui-même?

Dira-t-on que, pour assurer la punition du coupable, il suffisait de reconnaître le droit d'exercer ces interdits au seul possesseur attendu que, le détenteur possédant *alieno nomine*, il y aura toujours un possesseur qui pourra le faire, qui viendra par conséquent assurer la répression du délit commis?

Mais on peut faire une double réponse.

Le possesseur peut être absent, dans l'impossibilité de venir défendre son locataire, le détenteur. N'y aurait-il pas en droit romain une réglementation bien défectueuse, si réellement on avait voulu ainsi obtenir la répression du délit, puisque en certaines hypothèses personne n'aurait pu agir contre celui qui l'a commis?

En second lieu on ne voit pas pourquoi, dans ce système, c'est plutôt au possesseur qu'au simple détenteur que sera reconnu le droit d'invoquer les interdits possessoires. Si, en effet, on a voulu seulement arriver à punir l'auteur d'un délit, pourquoi ne pas permettre d'agir au détenteur aussi bien qu'au possesseur par ces interdits contre l'auteur du délit puisque tous deux en souffrent? L'interdit *quod vi aut clam* peut être exercé par toute per-

[1] Ihering, *Fondement des interdits possessoires*, trad. Meulenaere, p. 9.

sonne qui a souffert du fait clandestin, de l'acte de violence, peut être exercé notamment par le détenteur, par le locataire[1]; pourquoi en est-il autrement quand il s'agit de l'interdit *unde vi*, des interdits *recuperandæ possessionis* en général?

Que résulte-t-il de tout cela?

C'est que sans doute on a raison de dire que les interdits *recuperandæ possessionis* ont été créés en vue d'arriver à la répression du délit, mais que l'existence même du délit reconnu par le droit romain ou tout au moins sa réglementation particulière, dans le cas où ce délit vient porter atteinte à la situation du possesseur, ne s'expliquent que par les raisons spéciales qui ont amené le droit romain à protéger la possession.

Par conséquent, toute théorie qui voit dans l'existence d'un délit la raison d'être de la protection de la possession, fausse quand il s'agit d'expliquer l'existence des interdits *retinendæ possessionis*, est insuffisante quand il s'agit de faire comprendre la création des interdits *retinendæ possessionis*, car elle fait naître, sans y répondre, la question de savoir pourquoi le droit romain a cru nécessaire de créer tout un ensemble de dispositions particulières aux délits qui peuvent affecter la possession.

7. — En créant les interdits possessoires, le droit romain a donc voulu protéger la possession; j'ajoute qu'il n'a voulu protéger que la possession. C'est là une proposition qui ne saurait être contestée : il est si bien établi que les interdits possessoires, qu'il s'agisse des interdits *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*, ne peuvent être invoqués que par le seul possesseur, qu'il est inutile d'insister à cet égard et de citer des textes à ce sujet. Dès lors, on doit écarter toutes les théories qui veulent justifier l'existence de la protection de la possession en droit romain par

[1] L. 12 D., *Quod vi aut clam*, liv. 43, t. 24.

des considérations qui devraient conduire à protéger la détention comme la possession. C'est pour cela que l'on ne saurait admettre l'explication donnée par M. Kuntze, qui dit que, pour maintenir le bon ordre dans la société, le législateur a dû protéger toute personne, non seulement dans l'exercice de ses droits, mais aussi dans la situation de fait où elle se trouve : « L'État et son or-« gane, le préteur, ont intérêt à protéger la personne et « sa volonté, se manifestant à l'extérieur même en tant « que pur fait, pour prévenir les usurpations du bon plai-« sir et de l'arbitraire, et afin de maintenir intacte la paix « extérieure[1]. » Et, en effet, si tel était le fondement de la protection possessoire en droit romain, cette protection n'aurait-elle pas été assurée au détenteur aussi bien qu'au possesseur? Est-ce que l'on ne pourrait pas dire, à propos du détenteur, comme M. Kuntze le fait à propos du possesseur, que l'État, et son organe le préteur, ont intérêt à protéger la personne et sa volonté, se manifestant à l'extérieur même en tant que pur fait, pour prévenir les usurpations du bon plaisir et de l'arbitraire et afin de maintenir intacte la paix extérieure?

Ainsi donc, il est acquis que c'est en vue de protéger la possession, et seulement la possession, qu'ont été créés les interdits possessoires : pourquoi cette protection spéciale à la possession, étant donné que la possession n'est pas un droit, et par conséquent n'est pas protégée pour elle-même?

8. — A mon avis, on ne peut en trouver la raison d'être que dans les rapports étroits qui unissent la possession et la propriété et qui font, de la théorie de la possession, en quelque sorte le complément de la théorie de la propriété. Avant d'exposer comment, de ces rapports étroits existant entre la propriété et la possession, a pu naître la protection

[1] Kuntze, *Zur Begitzlehre. Für und wider Rudolf von Ihering*, ch. III, § 15, 1.

assurée à la possession, il faut établir, car cela a été contesté, que les jurisconsultes romains ont reconnu cette connexité intime de la propriété et de la possession.

Et, en effet, des textes du Digeste paraissent bien déclarer que la propriété et la possession sont deux institutions juridiques absolument étrangères l'une à l'autre : c'est ainsi que la loi 12, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, dit :

« La propriété n'a rien de commun avec la possession : « en conséquence, celui qui a commencé à revendiquer « ne se verra pas refuser l'interdit *uti possidetis;* celui qui « revendique ne doit pas être considéré comme ayant re- « noncé à la possession. »

De même la loi 1, § 2 D., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17 :

« La raison d'être de cet interdit (l'interdit *uti possidetis*) a été que la possession doit être considérée comme « distincte de la propriété : car il peut arriver qu'une per- « sonne possède qui ne soit pas propriétaire, comme il peut « se faire que le même individu soit en même temps pos- « sesseur et propriétaire. »

En réalité, cette opinion est peu soutenue : on est en général d'accord pour déclarer que les jurisconsultes romains n'ont pas méconnu ce lien étroit qui existe entre la propriété et la possession.

Les textes cités constatent seulement que dans le droit romain la propriété et la possession constituent deux institutions juridiques ayant leurs règles spéciales, n'ayant aucune disposition commune; et il suffit, pour prouver la vérité de cette allégation, de se rappeler que la propriété et la possession ne s'acquièrent pas, ne se conservent pas, ne se perdent pas de la même façon. Dès lors quoi de plus naturel que d'en conclure, avec la loi 1, § 2 D., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17, que, si la même personne peut avoir tout ensemble la propriété et la possession de la chose, elle peut aussi n'avoir que la propriété ou la possession de cette chose, que de dire avec la loi 12, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*,

liv. 41, t. 2, que celui qui est en même temps propriétaire et possesseur pourra, après avoir commencé par invoquer son titre de propriétaire en intentant l'action en revendication, se prévaloir, au moyen de l'interdit *uti possidetis,* de son titre de possesseur?

Mais de ce que la propriété et la possession constituent en droit romain deux théories complètement distinctes, doit-on en déduire qu'au point de vue législatif on se soit refusé à Rome à admettre ce lien intime existant entre la propriété et la possession et par conséquent à y voir la raison d'être de la protection de la possession? Certainement non.

Les textes cités ne seraient probants en ce sens qu'autant que l'on établirait que, si des rapports étroits existaient entre la propriété et la possession, les dispositions prises par le législateur en vue de régir et la propriété et la possession devraient être les mêmes. Or, c'est ce qu'on ne fait pas, parce qu'en réalité on ne pouvait pas le faire. Et, en effet, si on part de cette idée que la possession n'est protégée que parce qu'elle se lie étroitement à la théorie de la propriété, de telle sorte qu'elle peut être considérée comme la complétant, on est bien obligé de reconnaître que la possession a dû recevoir une réglementation différente de celle qui avait été admise en matière de propriété : s'il en avait été autrement, il aurait été inutile de s'occuper de la possession.

On peut même ajouter que les textes invoqués, bien loin de nier les rapports intimes qui existent entre la propriété et la possession, en supposent, au contraire, l'existence. Pourquoi, en effet, les jurisconsultes, se plaçant au point de vue pratique, positif, juridique, auraient-ils pris tant de soin de dire que la propriété n'a rien de commun avec la possession, si, en considérant les choses au point de vue législatif, ils n'avaient pas reconnu qu'il y avait rapport étroit entre la propriété et la possession? S'ils s'expriment ainsi, c'est précisément pour bien faire ressortir que, mal-

gré cette connexité intime, propriété et possession sont régies différemment.

9. — Les jurisconsultes romains ont donc admis qu'il y ait rapport intime entre la propriété et la possession, il reste à montrer maintenant comment est sortie de là la protection de la possession?

Faut-il, avec certains interprètes, déclarer que si la possession est protégée, c'est parce que, permettant d'usucaper, et par suite d'arriver à l'acquisition de la propriété quand elle se prolonge suffisamment, elle constitue en quelque sorte le genre du droit de propriété [1]? Cela est manifestement inadmissible : ces interdits possessoires créés en vue de protéger la possession peuvent être invoqués par tous les possesseurs, quels qu'ils soient, même par le voleur, tandis que le seul possesseur de bonne foi au moment de l'entrée en possession, ayant en outre un juste titre peut arriver à usucaper, à devenir propriétaire par une possession suffisamment prolongée : comment dès lors soutenir que le possesseur qui ne peut devenir propriétaire sera protégé parce que le législateur a entendu ainsi protéger le germe de la propriété? En réalité, le système présenté explique non pas pourquoi tout possesseur est protégé et a les interdits possessoires, mais pourquoi le possesseur qui a juste titre et bonne foi et qui par suite peut arriver par l'usucapion à acquérir la propriété, est protégé d'une façon particulièrement énergique grâce à l'action publicienne.

Suffit-il alors de dire, pour faire connaître ce rapport intime qui existe entre la possession et la propriété pour justifier la protection accordée par le droit romain à la possession, que le possesseur est presque toujours propriétaire, la possession n'étant autre chose que l'exercice du droit de propriété? Sans doute, on ne peut faire à cette nouvelle théorie l'objection qui nous a fait écarter la théorie précé-

[1] Gans, *Syst. des Röm. Civilrechts*, 1827, p. 201-212.

dente : cette explication admise, toute possession, fondée ou non sur un juste titre, avec ou sans bonne foi, devra être protégée, mais on doit convenir qu'elle n'est guère satisfaisante. Pourquoi le droit protège-t-il ainsi le possesseur simplement parce qu'il est probable qu'il est propriétaire? Est-ce que d'ordinaire celui qui invoque un droit en justice obtient quoi que ce soit en établissant seulement qu'il est probable qu'il a ce droit? Ne faut-il pas qu'il en établisse d'une façon certaine l'existence? Pourquoi en est-il autrement en matière de propriété? C'est ce qu'on ne dit pas. Cette explication est donc, je ne dirai pas inexacte, mais incomplète; pour connaître le fondement de la protection possessoire à Rome, il faut la compléter de la façon suivante :

Si la possession a été protégée par le droit romain, c'est parce que cela était absolument nécessaire pour protéger la propriété d'une façon efficace : la protection de la possession est en réalité le complément nécessaire de la protection de la propriété [1].

Supposons pour un moment que le législateur ne se soit nullement préoccupé de la possession, attendu qu'il n'y a là qu'une simple situation de fait. Pour faire cesser le moindre trouble dont il a à souffrir dans l'exercice de son droit, pour obtenir la répression du délit qui l'empêche de jouir des avantages que devrait lui procurer son droit de propriété, le propriétaire va être obligé de prouver qu'il est propriétaire. Or, c'est là une preuve qui est bien difficile à faire. En effet il devra démontrer :

1° Qu'il est intervenu en sa faveur un acte translatif de propriété ;

2° Que celui qui a consenti l'aliénation, qui a effectué ce transfert avait la capacité nécessaire pour le faire;

3° Que l'aliénateur était propriétaire.

[1] Ihering, *Fondement des interdits possessoires*, trad. par Meulenaere, p. 12.

Or, s'il peut être facile au propriétaire d'établir qu'il y a eu un acte translatif de propriété, que l'aliénateur était capable, il n'en est plus de même quant au point de savoir si l'aliénateur était propriétaire : et, en effet, si celui qui agit et qui se prétend propriétaire ne peut prouver qu'il est propriétaire qu'à la condition de prouver que son auteur l'était, il est bien évident qu'il devra faire relativement à son auteur la même preuve qu'il doit fournir pour lui-même, de telle sorte que le propriétaire qui veut faire cesser l'entrave, si légère qu'elle soit, apportée à l'exercice de son droit, n'obtiendra gain de cause qu'autant que, en remontant jusqu'au jour où pour la première fois la chose aura été entre les mains d'une personne, il aura montré que tous ceux qui se la sont successivement transmise en étaient propriétaires, étaient capables de l'aliéner et l'avaient acquise au moyen d'un acte translatif de propriété.

Sans doute, cette preuve qui, en fait, aurait été dans la plupart des cas impossible à fournir, sera rendue possible grâce à l'*usucapio* et à la *longi temporis præscriptio;* celui qui se prétendra propriétaire n'aura plus à remonter aussi haut dans le passé pour établir l'existence de son droit : il lui suffira de prouver qu'il a possédé la chose pendant un certain temps, avec juste titre et bonne foi, et son droit sera par suite reconnu. Mais cette preuve peut soulever encore des questions bien délicates, en ce qui concerne soit l'existence du juste titre, soit la réalisation des conditions qu'a dû réunir la possession pour conduire à l'usucapion. C'aurait été traiter bien durement le propriétaire que de l'obliger à fournir de telles preuves, quand il ne s'agit pour lui que de faire cesser le trouble apporté à sa possession, que d'obtenir la répression du délit qui l'empêche d'en jouir. Ne devait-on pas arriver à dire que, le possesseur étant presque toujours propriétaire, le propriétaire pourra faire cesser ce trouble qu'il subit, en obtenir la réparation quand il est dépossédé, en invoquant son

simple titre de possesseur? De là les interdits *retinendæ* et *recuperandæ possessionis*.

Mais alors, si on admet que le propriétaire est protégé comme possesseur, si on reconnaît qu'à ce titre il va avoir des actions beaucoup plus faciles à intenter que l'action en revendication, doit-on en conclure que cette dernière action sera désormais inutile?

Certainement non; et, en réalité, il est facile de distinguer bien nettement le rôle des interdits possessoires et de l'action en revendication.

Les interdits possessoires serviront à déterminer qui est possesseur, c'est-à-dire qui est vraisemblablement propriétaire : ils permettront d'établir qui, par conséquent, pourra se prévaloir des avantages du droit de propriété, tant qu'une décision judiciaire ne sera pas intervenue sur la question même de propriété.

Mais ils ne pourront servir qu'à cela : seule l'action en revendication soumettra au juge la question de propriété. Aussi arrivera-t-il assez souvent que l'exercice de l'interdit possessoire ne sera que le préliminaire de l'action en revendication. Rien n'empêche, en effet, celui qui a été vaincu dans le débat soulevé par l'interdit possessoire, de prétendre que les apparences sont trompeuses et que celui qui a été déclaré possesseur n'est pas en réalité propriétaire, *fieri enim potest,* comme le dit Ulpien dans la loi 1, § 2 D., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17, *ut alter possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit, possessor vero non sit :* il intentera alors l'action en revendication et pourra ainsi, étant reconnu propriétaire, enlever au possesseur la chose que celui-ci détenait comme possesseur en vertu d'une décision judiciaire.

En résumé donc, les interdits possessoires assureront au possesseur la jouissance de la chose, jusqu'au jour où, ayant eu recours à l'action en revendication, le véritable propriétaire aura établi en justice l'existence de son droit. De là bien des textes du Digeste et du Code, laissant en-

tendre que l'exercice de l'interdit possessoire forme le début d'une instance en revendication. Je me contente de vous rappeler à ce sujet le § 148, C. IV, Gaius, la loi 1, § 3 D., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17, la loi 35 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, que j'ai déjà cités.

Mais il ne faudrait pas croire que cette possibilité, reconnue à celui qui a été vaincu dans le débat possessoire, d'agir en revendication, enlève aux interdits possessoires leur utilité. Et, en effet, il arrivera très souvent que l'action en revendication ne sera pas intentée : celui qui a succombé dans l'instance relative à la possession n'agira en revendication que lorsqu'il pourra invoquer des preuves sérieuses à l'appui de sa prétention : or, très souvent il n'en sera pas ainsi, puisque, dans la majorité des cas, c'est le possesseur qui est propriétaire; dès lors, pourquoi engager un nouveau procès quand on n'a aucune chance de le gagner?

En outre, même si l'action en revendication doit être intentée ensuite par l'adversaire, l'exercice de l'interdit possessoire aura eu la plus grande utilité pour celui qui triomphe. Considéré comme vraisemblablement propriétaire, le possesseur aura le rôle de défendeur dans l'action en revendication. Ayant la chose entre les mains, pouvant en jouir, il n'a pas à faire reconnaître l'existence de son droit : il attendra donc que celui qui se prétend propriétaire agisse en revendication : ce sera à celui-ci qu'incombera le fardeau de la preuve. Et c'est précisément à cette utilité de la protection possessoire que font allusion les textes que je viens de rappeler : si d'ordinaire l'action en revendication est précédée d'un débat sur la possession, c'est que le possesseur a le plus grand intérêt à être reconnu possesseur; il évite ainsi d'avoir à faire la preuve si difficile du droit de propriété.

Ainsi donc on doit répondre à la question de savoir pourquoi la possession est protégée, en disant que le droit romain, reconnaissant combien est difficile la preuve du

droit de propriété, est venu au secours du propriétaire en le protégeant d'une façon moins énergique, il est vrai, mais cependant fort utile encore, parce qu'il possède, la possession n'étant, en effet, autre chose que l'exercice du droit de propriété et devant presque toujours appartenir au propriétaire.

Il reste à répondre maintenant à un dernier argument que l'on a quelquefois invoqué contre cette théorie. En protégeant la possession, a-t-on dit, le droit romain n'a pas dû vouloir protéger la propriété. En effet, les jurisconsultes romains reconnaissent eux-mêmes et sont d'ailleurs obligés de reconnaître que celui qui pourra se prévaloir des avantages de la possession ne sera pas toujours le propriétaire : dans ce cas, la protection de la possession, bien loin d'être utile au propriétaire, lui sera nuisible, puisqu'elle permettra à ce possesseur, usant des interdits possessoires, de priver le propriétaire de la jouissance de sa chose, momentanément tout au moins, jusqu'au jour où celui-ci, intentant l'action en revendication, et devant par suite faire la preuve de son droit, aura établi qu'il est réellement propriétaire. Comment admettre que la protection de la possession a été établie dans l'intérêt du propriétaire, quand elle peut produire des effets qui lui sont aussi défavorables?

La réponse est facile à donner : c'est la réponse même qui est donnée pour expliquer l'existence de l'usucapion. Tout le monde reconnaît qu'elle a été établie dans l'intérêt du propriétaire, qui, dans bien des cas, se serait trouvé dans l'impossibilité de faire la preuve de son droit de propriété, et cependant on ne peut nier que quelquefois elle n'aboutisse à dépouiller le propriétaire, un tiers ayant pu, relativement à cette chose, réaliser toutes les conditions voulues pour usucaper. Néanmoins, on est d'accord pour voir, dans l'usucapion, une institution juridique favorable aux propriétaires : les hypothèses exceptionnelles dans lesquelles l'usucapion sera nuisible au propriétaire ne sauraient faire oublier, en effet, que presque toujours l'usu-

capion lui sera nécessaire pour établir l'existence de son droit. D'ailleurs, par la réglementation même qu'il a édictée à ce sujet, le droit romain s'est efforcé de rendre aussi rares que possible les cas dans lesquels l'usucapion peut amener pour le propriétaire la perte de son droit.

Il en est de même pour la protection de la possession; de ce que les interdits possessoires peuvent, dans certains cas, être invoqués contre le propriétaire, on ne saurait conclure que ce n'est pas dans l'intérêt du propriétaire que cette protection a été établie : cette conclusion ne serait pas plus fondée en matière de protection possessoire qu'en matière d'usucapion. On doit, en effet, reconnaître que, quoique destinés à protéger le propriétaire, les interdits possessoires atteindront ce résultat d'une façon moins sûre que l'action en revendication, qui exige une preuve plus difficile à faire, et il fallait bien évidemment subir cet inconvénient que, dans quelques cas, la protection accordée à la possession profiterait à d'autres qu'au propriétaire, si l'on voulait que le propriétaire puisse s'en prévaloir dans les hypothèses incomparablement plus nombreuses dans lesquelles cela pourrait lui être utile.

Remarquons en outre que cet inconvénient est bien moins grave en notre matière que lorsqu'il s'agit d'usucapion. Lorsque l'usucapion se produit exceptionnellement au profit d'un autre que le propriétaire, il en résulte pour celui-ci un préjudice irréparable : il a perdu irrévocablement la chose dont il était propriétaire. Au contraire, lorsque les interdits possessoires sont reconnus à un autre qu'au propriétaire, les conséquences sont beaucoup moins dangereuses : en invoquant son titre de propriétaire, en intentant l'action en revendication, il pourra en effet recouvrer la chose. Dès lors peut-on, en s'appuyant seulement sur cette considération que la protection possessoire peut dans certains cas causer un dommage d'ailleurs réparable au propriétaire, prétendre qu'elle n'a pas été établie dans son intérêt, quoique lui étant avantageuse presque toujours, quand on est d'ac-

cord pour reconnaître que l'usucapion qui, elle, est susceptible de faire perdre irrévocablement son droit au propriétaire dans certains cas, est une institution juridique créée en vue de rendre service à ce propriétaire?

D'ailleurs ici comme en matière d'usucapion la loi peut, par une sage réglementation, atténuer les inconvénients signalés, et l'objet même de cette étude n'est autre que d'exposer les principes au moyen desquels le droit romain s'est efforcé, tout en assurant au propriétaire un moyen de protection aussi facile à invoquer que possible, d'empêcher qu'il ne puisse être trop souvent retourné contre lui.

THÉORIE GÉNÉRALE

DE

LA POSSESSION.

10. — Étudier la théorie de la possession, c'est, en réalité, rechercher comment, à quelles conditions s'établit, se maintient cet état de fait qui constitue la possession et que le droit romain a jugé digne d'une protection spéciale, c'est donc déterminer à quelles conditions s'acquiert et se conserve la possession. On verra ainsi comment le droit romain est parvenu à s'approcher du but qu'il voulait atteindre : à savoir assurer au propriétaire un moyen de protection efficace qui n'exigera pas, pour pouvoir être invoqué, une preuve aussi difficile que celle de son droit de propriété, et qui, cependant, ne pourra presque jamais être invoqué utilement par un autre que le propriétaire.

Or, cette étude doit être faite à deux points de vue différents : tout d'abord, on devra s'occuper de l'hypothèse dans laquelle la possession est acquise, conservée par celui-là même qui devient ou qui est possesseur. Ensuite il faudra examiner si cette acquisition, si cette conservation peuvent être réalisées par l'intermédiaire d'un tiers, et, cette question étant résolue affirmativement, indiquer à quelles conditions se fera cette acquisition, cette conservation.

De là deux parties :

1° De l'acquisition et de la conservation de la possession par le possesseur lui-même.

2° De l'acquisition et de la conservation de la possession par l'entremise d'une tierce personne.

Ces deux parties traitées, la théorie générale de la possession ne sera pas encore exposée d'une façon complète. En effet, quand nous nous occuperons de l'acquisition et de la conservation de la possession par l'intermédiaire d'un tiers, nous verrons que ce tiers dont les services sont ainsi employés, et que l'on nomme détenteur, a en apparence la situation d'un véritable possesseur, qu'il réunit lui-même les conditions exigées du possesseur qui acquiert et conserve par lui-même la possession : ce qui fait nécessairement naître la question de savoir comment on pourra distinguer la possession de la détention. Ce sera l'objet d'une troisième partie qui viendra compléter la théorie de la possession ordinaire que les textes désignent sous ce nom de *possessio justa* parce qu'elle a pris naissance par suite d'un fait non réprimé par la loi. Mais à cette *possessio justa* s'oppose la *possessio injusta* qui, parce qu'elle doit son existence à un fait illicite, n'est qu'une possession vicieuse, moins solide, produisant moins d'effets que l'autre. De là une quatrième partie destinée à étudier cette *possessio injusta*.

Ainsi donc, ce travail se divisera en quatre parties :

Partie I. Acquisition et conservation de la possession par le possesseur lui-même.

Partie II. Acquisition et conservation de la possession par l'intermédiaire d'une tierce personne.

Partie III. Criterium permettant de distinguer la possession de la détention.

Partie IV. *Possessio injusta.*

PARTIE I.

DE L'ACQUISITION ET DE LA CONSERVATION DE LA POSSESSION PAR LE POSSESSEUR LUI-MÊME.

11. — Comme l'indique ce titre même, l'étude qui va être entreprise se dédouble. La possession n'étant en effet autre chose qu'une situation de fait à laquelle le droit a jugé utile de faire produire des effets juridiques, les avantages ainsi attachés à la possession ne peuvent être invoqués par celui qui est devenu possesseur que tant que se maintient cette situation de fait, que tant que dure sa possession. De là deux chapitres :

Chap. I. *De l'acquisition de la possession.*

Chap. II. *De la conservation de la possession.*

CHAPITRE I.

DE L'ACQUISITION DE LA POSSESSION.

12. — La possession n'étant autre chose que l'état de fait qui permet l'exercice du droit de propriété, on peut dire que celui-là est possesseur qui a et qui sait avoir en son pouvoir la chose dont il s'agit, de façon à pouvoir faire sur cette chose tous les actes permis à un propriétaire. Par suite, l'acquisition de la possession se trouve subordonnée à deux conditions : une personne ne peut acquérir la possession d'une chose qu'autant que :

1° Elle aura la chose à sa disposition physique.

2° Elle saura que cette chose est à sa disposition.

Et c'est ce que l'on exprime souvent en disant que la possession implique deux éléments, l'un corporel qui est le fait d'avoir la chose à sa disposition et que l'on désigne sous le nom de *corpus*, l'autre intellectuel que l'on appelle *animus*. J'ajouterai que ces deux conditions ne sont pas encore suffisantes. Destinée à donner au propriétaire un moyen de protection qui puisse être invoqué par lui sans qu'il soit besoin de faire la preuve du droit de propriété, la possession ne peut être reconnue qu'au profit de celui qu'aucune raison de droit n'empêche de devenir propriétaire de la chose détenue ; autrement, déclarer possesseur d'une chose celui qui ne peut en être propriétaire, ne serait-ce pas, en donnant les avantages de la possession à celui qui certainement n'est pas propriétaire, faire produire à la posses-

sion un effet contraire à celui qu'elle doit produire dans l'intention du législateur?

Ainsi donc trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait acquisition de la possession.

Il faut :

1° Que celui qui doit acquérir la possession ait le *corpus* de la chose.

2° Qu'il ait l'*animus tenendi*.

3° Qu'aucune raison de droit n'empêche celui qui doit acquérir la possession d'une chose d'en être propriétaire.

Chacune de ces conditions demande à être étudiée dans une section spéciale. Toutefois je laisserai de côté pour le moment l'étude de la dernière des conditions qui viennent d'être indiquées. Les explications fort importantes qu'elle nécessite se comprendront mieux quand la théorie de l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui aura été exposée : elles trouveront donc leur place dans la troisième partie de ce travail : il suffit, pour le moment, d'avoir indiqué l'existence et la raison d'être de cette condition.

SECTION I.

Du corpus en matière d'acquisition de la possession.

13. — Des interprètes du droit romain, croyant déjà trouver dans ce droit les notions reçues aujourd'hui, prétendent que le *corpus* est réalisé de façon à permettre l'acquisition de la possession, au moment où il s'est produit un fait établissant que celui qui veut acquérir la possession de la chose se l'est appropriée. C'est ainsi que Ihering, partant de cette idée que la possession est l'extériorité de la propriété, en tire cette conséquence que « toute la théorie « de l'acquisition de la possession doit être ramenée à cette « visibilité. Le propriétaire de la chose doit être visible : « *omnia ut dominum fecisse oportet.* Comment devient-il « visible? C'est une erreur de n'asseoir l'acquisition de la « possession que sur l'acte d'appréhension du possesseur : « car alors on ne peut éviter la condition de la présence du « possesseur auprès de la chose, à moins qu'on ne préfère, « comme Savigny, passer outre sans s'en inquiéter autre- « ment. Un briquetier a, sur ma demande, apporté près « de ma bâtisse les briques que je lui ai commandées; celui « qui m'a vendu du fumier, l'a transporté sur mon champ, « le jardinier a transporté les arbres dans mon jardin, faut- « il que je voie ces choses pour en acquérir la possession? « Nullement; pas plus que je ne dois avoir vu le tonneau « de vin que l'on a déchargé en mon absence dans le ves- « tibule de ma maison, ou le paquet de livres que l'on a « déposé dans mon antichambre. Dira-t-on que ce que la « loi 18, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 et la loi « 9, § 3 D., *De jure dot.*, liv. 23, t. 3 décident pour la livrai- « son dans la maison doit être restreint à ce cas et ne peut « être étendu à la cour, au jardin, à la place où je bâtis?

« Dira-t-on que, pour acquérir la possession des œufs pon-
« dus par mes poules où par mes pigeons, ou des poussins
« qu'ils ont couvés, il faut d'abord que je les voie[1]? »

« Devient possesseur, nous dit un peu plus loin Ihering[2], « celui qui a mis ou fait mettre la chose dans une position « qui correspond à la propriété, et qui de cette manière le « signale comme prétendant à la propriété. »

C'est ainsi encore que mon savant collègue, M. Saleilles, dans son étude sur les éléments constitutifs de la possession[3] présentant, relativement au *corpus,* une théorie qui, bien que différente de celle de Ihering, a cependant bien des caractères communs avec elle, dit lui aussi que la possession commence au moment où s'établit « un rapport « durable d'appropriation économique, un rapport d'ex-« ploitation de la chose au service de l'individu. »

Que cette théorie soit au point de vue rationnel la plus satisfaisante, c'est ce qui ne saurait faire doute pour personne : mais qu'elle ait été connue des jurisconsultes romains c'est ce qu'il est, suivant moi, difficile d'admettre.

Comme le fait fort bien remarquer Ihering dans le passage qui vient d'être cité, si la possession commence, si le *corpus* est réalisé par cela seul qu'il s'est produit un fait dénotant l'appropriation, le commencement de la possession a pu avoir lieu alors que celui qui devient ainsi possesseur se trouve éloigné de la chose qu'il va posséder, si le fait dont il s'agit qui montre l'appropriation n'exige pas sa présence, et c'est pour cela que Ihering déclare que je deviens possesseur des briques par moi achetées du jour où elles sont déposées sur le terrain sur lequel je veux bâtir, même en mon absence.

[1] Ihering, *Fondement des interdits possessoires,* trad. Meulenaere, p. 172.

[2] Ihering, *Fondement des interdits possessoires,* trad. Meulenaere, p. 176.

[3] *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur,* 1893, t. III, p. 121-161; 697-755.

Or une législation, qui admettrait un tel principe, aurait-elle pu inspirer à Papinien la solution qui est contenue dans la loi 74 D., *De cont. empt.,* liv. 18, t. 1? Il s'agit là d'une vente de marchandises contenues dans un magasin : les clefs de ce magasin sont remises à l'acheteur : y a-t-il acquisition de la possession et par suite acquisition de la propriété par celui-ci? Papinien répond : « La « remise des clefs du magasin est considérée comme en- « traînant la remise de la possession des marchandises qui « y sont contenues, quand les clefs ont été livrées près des « magasins. » Si, comme on le prétend, la possession commence, si le *corpus* nécessaire pour cela est réalisé, du jour où s'est produit un fait qui montre qu'il y a eu appropriation de la chose par celui qui devait devenir possesseur, pourquoi exigerait-on que la remise des clefs ait été faite près des magasins? Est-ce que, même faite loin des magasins, cette remise n'indiquerait pas nettement que l'acheteur s'est approprié les marchandises?

Cette explication ne concorde pas non plus avec les textes nombreux qui supposent, pour qu'il y ait acquisition de la possession, que l'on soit *in præsentià rei*[1].

Au reste, je n'insiste pas pour le moment sur tous ces textes, sur les arguments que l'on peut en tirer : j'aurai bientôt, quand je m'occuperai de déterminer quelle est la véritable théorie romaine, à revenir sur ces idées que je ne fais qu'énoncer.

14. — Si l'on ne peut accepter les théories suivant lesquelles il y a acquisition de la possession dès qu'il s'est produit un fait quelconque manifestant qu'il y a eu appropriation de la chose au profit de celui qui se prétend possesseur, on ne saurait non plus partager l'opinion de Savigny sur cette question. Suivant cet auteur, le *corpus* n'est

[1] L. 79 D., *De sol.,* liv. 46, t. 3; L. 1, § 21 D., *De adq. vel. amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

réalisé en matière d'acquisition de la possession qu'autant qu'il y a contact matériel avec la chose ou tout au moins possibilité physique d'agir immédiatement sur la chose[1]. Très certainement on ne saurait opposer à cette théorie les objections qui ont été faites précédemment : la décision donnée par Papinien dans la loi 74 D., *De cont. empt.,* liv. 18, t. 1, est en harmonie parfaite avec elle : en effet, si la remise des clefs est faite loin des magasins qui contiennent la chose, il ne saurait y avoir acquisition de la possession, attendu qu'il n'y a pas contact matériel, qu'il n'y a pas non plus possibilité d'agir immédiatement sur la chose.

Mais, si le système de Savigny échappe à cette objection, il est exposé à beaucoup d'autres. Ihering l'a fort bien réfuté[2], je me contenterai de résumer brièvement les développements qu'il donne à ce sujet.

Ce qui montre que cette théorie est inacceptable, c'est que, d'une part, il est des textes qui reconnaissent que la possession commence, bien qu'il n'y ait pas eu possibilité d'agir immédiatement sur la chose. C'est ainsi que Proculus, dans la loi 55 D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1, supposant qu'un sanglier a été pris dans des filets, reconnaît que le propriétaire de ces filets est devenu de suite propriétaire et par conséquent possesseur du sanglier dès que la capture en a été faite, alors même qu'en fait il aurait été fort éloigné à ce moment de ces filets.

Ainsi encore Celsus dans la loi 18, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 dit que, si étant acheteur j'ordonne à mon vendeur de déposer chez moi l'objet acheté, j'en deviens possesseur avant même que moi ou qui que ce soit ne le touche ; et Ulpien, reproduisant la même théorie dans la loi 9, § 3 D., *De jure dotium,* liv. 23, t. 3 déclare que le dépôt de la chose au domicile de l'*accipiens* produira le

[1] Savigny, *Traité de la possession,* traduit sur la 7e édit. par Staedtler, 1870, § 14 et suiv.

[2] Ihering, *Fondement des interdits possessoires,* trad. Meulenaere, X, p. 143 et suiv.

même effet que la remise de la chose elle-même et par conséquent fera acquérir la possession. Et cependant l'*accipiens* peut être fort éloigné de son domicile au moment où la chose y est déposée : où trouver cette possibilité d'agir immédiatement sur la chose nécessaire pour qu'il y ait acquisition de la possession?

Savigny s'est efforcé d'expliquer la solution donnée dans ces textes par ce motif que le propriétaire des filets même éloigné est maître du gibier qui y est pris, que l'*accipiens* même absent de son domicile a certainement à sa complète disposition les objets qui y sont déposés. « Il n'est rien, « nous dit Savigny à propos de cette dernière hypothèse, « dont on soit davantage le maître que de sa demeure, et « par là même on a la *custodia* de tout ce qui s'y trouve[1]. »

Mais Savigny ne s'est pas aperçu qu'en motivant ainsi ces solutions, il posait, en matière d'acquisition de la possession, une règle différente de celle qu'il avait admise auparavant. Au lieu de s'en tenir à l'idée primitivement énoncée que, pour devenir possesseur, il faut pouvoir agir immédiatement sur la chose, il émet ce principe nouveau qu'une personne, alors même qu'elle ne pourrait pas agir immédiatement sur une chose, commencerait à la posséder du jour où elle l'aurait certainement à sa disposition.

L'explication donnée par Savigny n'est donc pas acceptable. Il faut nécessairement choisir entre les deux propositions qu'il a ainsi juxtaposées dans son système : si, comme il le laisse entendre quand il s'occupe des textes qui déclarent la possession acquise par l'*accipiens* quand la chose est déposée au domicile de celui-ci, il suffit, pour qu'on devienne possesseur, que l'on ait la *custodia* de la chose, que l'on ait la chose à sa disposition, pourquoi exige-t-il, d'autre part, pour qu'il y ait acquisition de la possession, qu'il y ait possibilité d'agir immédiatement sur la chose?

[1] Savigny, *Traité de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 209.

Il faut d'ailleurs ajouter que, si l'on doit écarter ce système de Savigny, on doit également écarter tout système qui voudrait uniquement s'appuyer sur l'une ou l'autre des deux propositions difficilement conciliables que Savigny a voulu cependant rapprocher.

La preuve en est déjà faite en ce qui concerne le principe suivant lequel on ne devient possesseur qu'autant qu'on a la possibilité d'agir immédiatement sur la chose : ce qui montre bien, en effet, que le droit romain ne l'a jamais connu, ce sont les solutions admises par les jurisconsultes romains relativement au gibier pris dans les filets, relativement aux objets déposés au domicile de l'*accipiens*. On devient ainsi possesseur alors même qu'on serait fort éloigné des filets tendus, fort éloigné de son domicile et par conséquent dans l'impossibilité absolue d'agir immédiatement sur le gibier capturé, sur les objets déposés à notre domicile.

Et il est tout aussi facile d'établir que les jurisconsultes romains n'ont jamais consacré ce principe, suivant lequel on deviendrait possesseur le jour où l'on aurait la chose *sub custodia*, à sa disposition : en effet, il ne manque pas de textes au Digeste qui déclarent nettement que, pour acquérir la possession d'une chose, il faut être près de cette chose, *in præsentia rei.* Pourquoi ces textes noteraient-ils avec tant de soin cette particularité, s'il suffisait, pour acquérir la possession d'une chose, de l'avoir à sa disposition, si le fait que l'on est près ou loin de la chose était un fait indifférent?

C'est ainsi que la loi 79 D., *De sol.*, liv. 46, t. 3, supposant que j'ordonne à mon débiteur de placer *in conspectu meo,* sous mes regards, ce qu'il me doit, déclare que je deviens ainsi de suite propriétaire, et, par conséquent, possesseur. C'est ainsi encore que la loi 1, § 21 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, nous dit que, si j'ordonne à celui qui m'a vendu une chose, de la livrer à mon mandataire, *cum ea in præsentia sit,* on considère la chose comme

livrée, par conséquent la possession comme acquise, et que cette loi ajoute, parlant ensuite de colonnes qui doivent faire l'objet d'une tradition, qu'on les réputera livrées quand il y aura eu à ce sujet accord de volontés *in re præsenti*.

Ces textes (et l'on pourrait en joindre beaucoup d'autres) par le soin même qu'ils mettent à dire qu'il n'y a tradition, acquisition de la possession qu'autant qu'il y a *consensus in præsenti re,* établissent de la façon la plus nette qu'il ne suffit pas, pour acquérir la possession, d'avoir la chose à sa disposition.

15. — Quelle est donc la théorie du droit romain? En quoi consiste, d'une façon précise, ce *corpus,* cet élément matériel nécessaire pour qu'il y ait acquisition de la possession?

A mon avis, le droit romain a commencé par admettre la double règle suivante :

1° On devient possesseur d'une chose, on réalise le *corpus,* l'élément matériel nécessaire pour acquérir la possession quand on appréhende cette chose.

2° On ne peut devenir possesseur d'une chose qu'autant qu'on l'a appréhendée.

La vérité de cette double proposition apparaît nettement quand il s'agit de l'acquisition de la possession réalisée par le seul fait de celui qui doit acquérir la possession, quand il n'y a pas transmission de la chose d'une personne à une autre : les textes sont absolument formels à cet égard.

16. — Et tout d'abord, qu'il y ait acquisition de la possession quand il y a appréhension matérielle réalisée de quelque façon que ce soit, c'est ce que laisse bien entendre Proculus[1]. Ce jurisconsulte suppose qu'un sanglier a été pris dans des filets : à quel moment le propriétaire des

[1] L. 55 D., *De adq. rer. dom.*, liv. 41, t. 1.

filets devient-il possesseur et, par suite, propriétaire du sanglier? *Summam tamen hanc puto esse si in meam potestatem pervenit, meus factus est,* dit Proculus. Or, certainement c'est au moment où il a été pris dans les filets que le sanglier *pervenit in meam potestatem,* est tombé au pouvoir du propriétaire des filets : il y a eu alors appréhension réalisée, même si le propriétaire en était éloigné. Et ce qui montre bien que tel est le sens du texte, c'est que Proculus, supposant qu'un tiers délivre le sanglier, déclare que le sanglier cesse d'appartenir au propriétaire des filets. C'est donc que l'appréhension au moyen des filets avait permis d'acquérir la possession et, par suite, la propriété.

Ayant ainsi établi que l'appréhension de la chose en fait acquérir la possession, je dois ajouter que cette appréhension ne saurait faire acquérir la possession que de la chose même dont on s'est ainsi saisi. Il semble tout d'abord que la proposition qui vient d'être émise ne fait qu'énoncer une naïveté et qu'il est complètement inutile d'énoncer une idée aussi évidente.

Et cependant cette remarque n'est pas sans présenter de l'importance au cas d'accession.

Deux choses sont réunies de façon à en former une nouvelle : celui qui acquiert la possession de la chose nouvelle sera-t-il considéré comme ayant acquis la possession des choses qui ont servi à la former?

A première vue il semble que rien ne s'oppose à cela et que ce possesseur, par cela même qu'il a appréhendé la chose formée par accession, a appréhendé les différents éléments qui ont servi à la former. En réalité, il n'en est pas ainsi. Ce qui a été appréhendé, c'est la chose nouvellement formée, ce ne sont pas les différents éléments qui la composent : ce n'est donc que la possession de la chose formée ainsi par accession qui se trouve acquise.

C'est la solution qui est donnée par Paul dans la loi 23, § 7 D., *De rei vind.,* liv. 6, t. 1 : il s'agit là de la construction d'une maison faite avec des matériaux appartenant à

autrui, que nous dit Paul? « Celui qui construit sur son « terrain avec des matériaux appartenant à autrui pourra « revendiquer la construction; mais ce sera l'ancien pro- « priétaire des matériaux qui pourra revendiquer les maté- « riaux après démolition, et cela alors même que l'édifice, « possédé par un acheteur de bonne foi, n'aura été démoli « qu'après que se sera écoulé le temps nécessaire pour « l'usucapion : et en effet ce ne sont pas les matériaux « désagrégés qui sont usucapés quand nous acquérons ainsi « la propriété de la construction. »

Le texte suppose précisément un acheteur de bonne foi acquérant la possession d'un édifice construit avec des matériaux appartenant à autrui : et il nous dit très nettement que celui qui acquiert ainsi la possession de l'édifice n'acquiert pas la possession des matériaux employés dans la construction, puisque l'acheteur de bonne foi, qui usucape l'édifice, n'usucape pas les matériaux tant qu'ils font corps avec la construction. Ce qui a été appréhendé en effet ce ne sont pas les matériaux, c'est la construction. Au reste Javolenus expose la même doctrine dans la loi 23, § 2 D., *De usurp. et usucap.*, liv. 41, t. 3.

17. — Abordons maintenant le second point de notre proposition : pour qu'il y ait acquisition de la possession, il faut qu'il y ait appréhension matérielle : c'est ce que les textes établissent d'une façon certaine :

C'est ainsi que Gaius[1], supposant qu'un essaim d'abeilles a déposé sur un arbre des rayons de miel, déclare que le premier venu peut, sans commettre un *furtum*, prendre ces rayons de miel, se les approprier. Cette solution suppose nécessairement que le propriétaire de l'arbre n'est pas devenu possesseur, et par conséquent non plus propriétaire de ces rayons de miel; et l'on ne peut expliquer qu'il en soit ainsi que parce que le propriétaire de l'arbre n'a pas

[1] L. 5, § 3 D., *De adq. rer. dom.*, liv. 41, t. 1.

réalisé l'acte d'appréhension considéré comme nécessaire pour qu'il y ait acquisition de la possession.

C'est également cette nécessité de l'appréhension matérielle qui justifie la solution qui a définitivement triomphé en ce qui concerne l'acquisition du trésor, et d'après laquelle on ne devient possesseur d'un trésor enfoui dans un fonds qu'autant qu'on l'a déterré. Conformément à cette doctrine, Pomponius, reproduisant l'opinion de Labéon[1], déclare que le propriétaire d'un trésor enfoui dans le fonds d'autrui ne peut agir par l'*actio furti* ou l'*actio ad exhibendum* à l'encontre du propriétaire du fonds qui l'empêche de faire des fouilles, et il en donne comme raison que le propriétaire du fonds ne possède pas : or, s'il ne possède pas, ce pourrait être sans doute parce qu'il ignore l'existence du trésor et n'a pas par conséquent l'*animus* exigé pour qu'il y ait possession : mais ce n'est pas la raison donnée par Pomponius : *cum eum loco non moveris, furti quidem, aut ad exhibendum, eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait, quia nec possidetis eum :* si le propriétaire du fonds n'a pas acquis la possession du trésor, c'est parce qu'il ne l'a pas déterré, parce qu'il ne l'a pas par conséquent appréhendé.

De même Papinien, supposant qu'un tiers a enfoui un trésor dans mon fonds, dit[2] : *Et nihil interest pecuniam in meo an in alieno (fundo) condidissem : cum si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem.* Pour lui, par conséquent, comme pour Labéon et Pomponius, le possesseur d'un fonds ne devient possesseur d'un trésor qui y est caché, qu'autant qu'il l'a déterré et par conséquent appréhendé.

Et c'est également l'opinion de Paul et de Sabinus[3] : après avoir examiné quelques opinions divergentes qui se

[1] L. 15 D., *Ad exhib.*, liv. 10, t. 4.
[2] L. 44 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.
[3] L. 3, § 3 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

sont produites relativement à l'acquisition de la possession du trésor, Paul finit par déclarer que l'opinion qui lui paraît la meilleure est celle de Sabinus, d'après laquelle celui qui sait qu'un trésor est enfoui dans son fonds n'en acquiert la possession que lorsqu'il l'a déterré.

Ces textes montrent donc que, non seulement à l'origine mais à toute époque, le droit romain a vu dans l'appréhension de la chose, le *corpus,* l'élément matériel nécessaire pour l'acquisition de la possession : et, en effet, en les insérant au Digeste, Justinien a mis hors de doute que les solutions qu'ils contiennent trouvaient encore de son temps leur application.

Toutefois la persistance de cette règle ancienne ne s'est pas maintenue sans difficulté : et la loi 3, § 3 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 révèle une tendance chez certains jurisconsultes à admettre l'acquisition de la possession alors même qu'il n'y aurait pas appréhension matérielle. En effet, Paul, au début même de ce texte, mentionne la doctrine professée par Neratius et par Proculus : suivant ces jurisconsultes, celui qui a un trésor enfoui dans son fonds en devient possesseur du jour où il en connaît l'existence, par conséquent sans appréhension matérielle. Voici comment ils devaient raisonner : L'appréhension matérielle est exigée pour que celui qui doit acquérir la possession soit mis à même de se servir de la chose, de faire de la chose ce qu'il veut : pourquoi dès lors exiger l'appréhension de la part du propriétaire du fonds quand il s'agit de l'acquisition de la possession du trésor qui y est contenu? Est-ce que, indépendamment de toute appréhension, le propriétaire du fonds n'a pas le trésor à sa complète disposition? Cette manière de voir n'a pas prévalu : les textes cités montrent en effet que l'appréhension a continué à être jugée nécessaire pour l'acquisition de la possession du trésor[1].

[1] La loi 3, § 3 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, fait connaître

Resterait, maintenant qu'il est établi que l'appréhension est nécessaire pour qu'il y ait acquisition de la possession par celui qui doit devenir possesseur, par son seul fait, à déterminer quels sont les faits nécessaires pour qu'il y ait appréhension : les textes montrent que le droit romain ne s'est pas montré exigeant à cet égard, et que celui qui doit acquérir la possession est considéré comme ayant appréhendé la chose entière par cela seul qu'il en a appréhendé une partie : « Lorsque l'on dit que nous devons acquérir « la possession *corpore et animo*, déclare Paul[1], on ne doit « pas comprendre cette expression en ce sens que celui qui « veut posséder un fonds de terre devra poser son pied « sur toutes les mottes qui sont dans le fonds; il suffit en « réalité qu'il pénètre sur une partie quelconque du fonds, « en ayant la volonté de posséder le fonds dans toute son « étendue. »

18. — La règle primitive exigeant l'appréhension matérielle de la chose par celui qui doit acquérir la possession s'est conservée sans modification jusqu'à Justinien, quand il s'est agi de l'acquisition de la possession réalisée par le seul fait de celui qui doit l'acquérir : cette règle ne présentait que bien peu d'inconvénients en pratique : presque toujours en effet ce ne sera que lorsqu'il se saisira de la chose, que celui qui doit en devenir possesseur l'aura à sa

une troisième opinion qui s'était produite au sujet de l'acquisition de la possession du trésor : d'après les jurisconsultes Brutus et Manilius, la possession du fonds emporterait avec elle la possession du trésor, de telle sorte que le possesseur du fonds posséderait le trésor et par conséquent l'usucaperait alors même qu'il en ignorerait l'existence. Cette opinion n'a pas dû compter beaucoup de partisans : elle suppose en effet que le trésor est considéré comme une partie intégrante du fonds et ne constitue une chose distincte que le jour où, étant déterré, il est par là même séparé du fonds. Or c'est là une conception inadmissible dans une législation qui, comme le droit romain, ne reconnaît pas au propriétaire du fonds la propriété exclusive du trésor qui y est enfoui.

[1] L. 3, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

disposition, et les rares hypothèses dans lesquelles il pourrait en être autrement étaient trop peu importantes pour justifier une dérogation au principe posé.

19. — Mais il va en être autrement pour l'acquisition de la possession qui ne se réalise pas par suite du seul fait de celui qui doit devenir possesseur, mais par suite de la transmission de la chose consentie à celui-ci par une autre personne.

Dans ces hypothèses comme dans les précédentes, le droit romain a conservé, sans y apporter de dérogation, le principe suivant lequel l'appréhension de la chose, telle qu'elle a été caractérisée, suffit toujours pour réaliser l'élément matériel nécessaire à l'acquisition de la possession. Mais il n'en a pas été de même pour la règle suivant laquelle la possession ne saurait être acquise, s'il n'y a pas appréhension de la chose. Cette règle est restée, il est vrai, dans le cas où l'acquisition de la possession résulte de la transmission de la chose, la règle fondamentale; mais, dans bien des cas, sous l'empire de nécessités pratiques, on a été amené à déclarer qu'il y avait acquisition de la possession, quoiqu'il n'y eût pas appréhension.

Le droit romain a donc toujours posé en principe, au cas où la chose est transmise par une autre personne à celui qui doit devenir possesseur, qu'il fallait une appréhension matérielle réalisée par celui-ci pour qu'il y ait acquisition de la possession. Sans doute, on ne trouverait dans le Digeste aucun texte qui constate que cette règle ait jamais été posée; sans doute on trouve tout au contraire des textes qui disent que, pour acquérir la possession dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire d'avoir appréhendé la chose; mais la façon même dont s'expriment les jurisconsultes qui proclament qu'on peut devenir possesseur d'une chose sans l'avoir appréhendée montre que les décisions qu'ils donnent sont des décisions nouvelles élargissant la doctrine primitivement admise quant à l'acquisition de la possession.

C'est ainsi par exemple que Celsus déclare que je deviens possesseur de la chose que j'ai achetée quand elle est déposée chez moi, *quanquam id nemo attigerit;* que, acheteur d'un fonds de terre, j'en deviens possesseur quand ce fonds m'est montré du haut d'une tour : *non minus possidere cœpi,* dit Celsus, *quam si pedem finibus intulissem*[1]. Le soin même avec lequel Celsus, citant des hypothèses dans lesquelles la possession est acquise sans qu'il y ait appréhension, remarque qu'il y a acquisition de la possession bien qu'il n'y ait pas eu acte d'appréhension, n'est-il pas une preuve que cette appréhension devait être exigée par les principes primitifs d'une façon absolue?

Et lorsque, supposant que, étant en présence de la chose, j'ordonne à celui qui doit me la livrer de la remettre à mon mandataire, Paul déclare, d'accord avec Priscus, que la chose doit être réputée m'être livrée; lorsque, pour motiver cette solution, il dit : *Non enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu*[2], ne laisse-t-il pas bien entendre par là qu'il y a eu une époque où l'appréhension *ocülis et affectu* ne suffisait pas, où il fallait l'appréhension véritable, matérielle, *corpore et tactu?* La remarque faite par Paul n'aurait aucune raison d'être, si le droit romain n'avait pas exigé en principe l'appréhension matérielle de la chose comme condition de l'acquisition de la possession, si l'*apprehensio oculis et affectu* ne constituait pas une décision nouvelle venant tempérer les rigueurs de la règle primitive.

Et enfin, pour me borner dans ces citations de textes, quand Javolenus, reconnaissant que je deviens propriétaire et, par suite, possesseur de la chose qui doit m'être livrée, par cela seul qu'elle est placée sous ma vue, donne comme raison de cette solution la considération suivante : *nam tum quod a nullo corporaliter ejus possessio detineretur, adqui-*

[1] L. 18, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.
[2] L. 1, § 21 D., *De adq. vĕl amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

sita mihi et quodam modo manu longâ tradita existimanda est[1], il indique bien nettement que, s'il admet cette solution, c'est parce qu'on peut voir, dans les faits qui se sont passés, une sorte de tradition et, par conséquent, d'appréhension de la chose. Ce raisonnement, qui, certainement, serait incompréhensible, si de son temps la possession avait pu être acquise sans appréhension matérielle, qui mériterait d'être vivement critiqué, attendu qu'il dénature la notion que l'on doit avoir de la tradition, se conçoit fort bien si on part de cette idée, qu'en principe, pour acquérir la possession, il faut l'appréhension matérielle : on parvient ainsi à se rendre plus facile l'acquisition de la possession.

Il est donc établi que la règle fondamentale, en matière d'acquisition de possession, a été qu'au cas où il y a transmission de la chose, comme au cas où la possession est acquise par le seul fait de celui qui doit l'acquérir, il a fallu l'appréhension matérielle de la chose; mais que cette règle a comporté, par la suite, des tempéraments. Et l'on s'explique d'ailleurs aisément que cela se soit produit. L'acquisition de la possession, résultant de la transmission de la chose, est de nature à se produire bien fréquemment, et la pratique révéla bientôt combien était gênante la nécessité de l'appréhension matérielle, fort tolérable, au contraire, lorsque la possession est acquise sans l'intervention des tiers.

Examinons donc maintenant quelles sont les atténuations qui ont été apportées à la règle primitive.

20. — Les jurisconsultes romains durent facilement considérer l'appréhension matérielle comme réalisée, quand il y avait perception de la chose par un autre sens que le toucher, par la vue, par exemple. Pourquoi, en effet, les yeux ne joueraient-ils pas le rôle de la main? Pourquoi ne déclarerait-on pas la chose livrée à celui qui doit en acquérir la

[1] L. 79 D., *De sol. et lib.*, liv. 46, t. 3.

possession quand, en vue de l'objet, le *tradens* manifeste l'intention de livrer la chose, l'*accipiens,* l'intention de l'acquérir? De là la conception de la *traditio longâ manu* que mentionne Javolenus[1]; de là la règle posée par Paul[2] : *Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu;* de là les textes invoqués plus haut pour établir qu'anciennement il fallait une appréhension matérielle et indiquant que, en vertu d'une doctrine plus nouvelle, on peut acquérir la possession d'une chose par cela seul qu'on est *in præsentia rei.*

21. — Ce progrès lui-même en appelait un autre : si les jurisconsultes romains ont reconnu que l'on pouvait acquérir la possession *oculis et affectu,* c'est parce que, dans les hypothèses où il en sera ainsi, l'appréhension matérielle qui n'a pas été faite aurait pu être réalisée par celui qui devait acquérir la possession aussitôt qu'il l'aurait voulu. Dès lors, ils devaient être amenés à déclarer qu'il y aura acquisition de la possession, même quand la chose ne sera pas appréhendée matériellement, même quand elle ne sera pas perçue par un sens quelconque, par cela seul que, se trouvant *in præsenti re,* non loin de la chose, celui qui doit en acquérir la possession aura été mis à même de se saisir de suite de la chose.

C'est la théorie qu'expose Papinien : il suppose que des marchandises qui sont dans un magasin doivent être livrées : le *tradens* et l'*accipiens* se trouvant *apud horrea,* auprès de ces magasins, le *tradens* fait à l'*accipiens* la remise des clefs des magasins : par l'effet même de cette remise des clefs, l'*accipiens* devient possesseur, sans qu'il ait pour cela à ouvrir les magasins, à se saisir des marchandises[3]. Certains textes pourraient même faire croire

[1] L. 79 D., *De sol. et lib.*, liv. 46, t. 3.
[2] L. 1, § 21 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.
[3] L. 74 D., *De cont. empt.*, liv. 18, t. 1.

que le progrès réalisé aurait été encore plus considérable : en effet, prévoyant la même hypothèse, supposant qu'il s'agit de transférer la possession de marchandises qui sont contenues dans des magasins, Gaius[1] et Justinien[2] admettent que la remise des clefs suffira pour faire acquérir la possession, mais n'exigent pas que cette remise soit faite *apud horrea.* On serait par conséquent tenté d'en conclure que la possession serait acquise du jour où celui qui veut l'acquérir a le moyen de faire l'appréhension matérielle de la chose, alors même qu'il ne pourrait le faire de suite.

Mais je ne crois pas que l'on ait jamais admis à Rome cette doctrine : Et, en effet, on peut remarquer que, si la solution indiquée était vraie, il y aurait eu controverse entre les jurisconsultes romains des IIe et IIIe siècles de notre ère sur la question, puisque Gaius et Papinien auraient été d'avis opposés; or, il est impossible de relever dans aucun des deux textes une expression qui puisse donner à penser qu'il y ait eu le moindre doute. De plus il serait bien extraordinaire que, de ces deux jurisconsultes, ce soit le plus récent, Papinien, qui reste le plus attaché aux anciens principes en exigeant la remise des clefs *apud horrea,* et que ce soit le plus ancien, Gaius, qui se montre le plus novateur en reconnaissant que la remise des clefs du magasin, en quelque endroit qu'elle soit faite, suffise pour faire acquérir la possession des marchandises. Dès lors on est amené à penser que Gaius admettait la même solution que Papinien : d'où vient donc que, parlant de la remise des clefs, comme pouvant permettre l'acquisition de la possession, il ne spécifie pas qu'elle doit être faite *apud horrea?* C'est que Gaius a seulement voulu, en parlant de la remise des clefs, indiquer qu'il est des actes qui peuvent remplacer la remise de la chose, mais a laissé de côté le point de savoir quelles sont les conditions nécessaires pour que cette remise

[1] L. 9, § 6 D., *De adq. rer. dom.*, liv. 41, t. 1.
[2] § 45, t. 1, liv. 2, *Inst.*

des clefs produise l'effet voulu. Papinien, au contraire, s'est occupé de cette question : il faut, par conséqu nt, compléter ce que nous dit Gaius par le texte de Papinien et déclarer que, pour Gaius lui-même, la possession n'est acquise grâce à la remise des clefs que quand cette remise se fait *apud horrea.*

Et c'est ainsi également que l'on doit interpréter le § 45, t. 1, liv. 2, *Inst.* En effet, il suffit de rapprocher les §§ 42-48, t. 1, liv. 2, *Inst.* de la loi 9, § 4-8 D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1 pour s'apercevoir que Justinien a purement et simplement reproduit dans leur teneur même les dispositions dues à Gaius : il n'a introduit sur tous les points qui y sont traités aucune modification.

Ainsi donc, par des progrès insensibles, les jurisconsultes romains sont parvenus à décider qu'il pourrait y avoir acquisition de la possession, même sans appréhension matérielle de la chose, toutes les fois que celui qui doit l'acquérir aurait le moyen de se saisir immédiatement de la chose s'il le voulait.

22. — En matière immobilière, les choses sont restées en cet état : mais en matière mobilière, il y eut un nouveau perfectionnement. En effet, la théorie de l'acquisition de la possession même ainsi comprise était encore fort peu commode : elle supposait toujours que celui qui doit transférer la possession, que celui qui doit l'acquérir se trouvent en présence de la chose, ou que, tout au moins, si l'une des deux parties ou toutes les deux ne peuvent se déplacer, elles soient remplacées soit par une personne en puissance, soit par un mandataire. C'était là une complication qui n'était peut-être pas par trop gênante quand il s'agissait de l'acquisition de la possession de certains biens tels que les immeubles, étant donné l'importance et par suite la rareté de ces acquisitions; mais cela devenait intolérable quand il s'agissait de l'acquisition de la possession et par suite de la propriété des meubles, acquisition qui, elle, est de nature à se produire

très fréquemment. Aussi a-t-on été amené en droit romain à décider que le dépôt de la chose au domicile de l'*accipiens* suffirait pour faire acquérir la possession, alors même que l'*accipiens,* se trouvant en ce moment très éloigné de chez lui, ne pourrait, s'il le voulait, réaliser de suite l'appréhension matérielle de la chose.

C'est ce qui est attesté par Celsus dans une loi qui a déjà été citée[1] quand il nous dit que, lorsque j'ordonne à celui qui m'a vendu un objet de le déposer à mon domicile, il est certain que j'en deviens possesseur quoiqu'il n'y ait pas d'appréhension matérielle. C'est également ce qui est dit par Ulpien[2] qui, supposant que la femme apporte au domicile de son mari des biens paraphernaux, des biens dont elle doit rester par conséquent propriétaire, déclare que la femme continue à en être propriétaire. S'il en est ainsi, dit-il, ce n'est pas parce qu'il n'y a pas eu remise de ces biens au mari : *quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur?* Qu'importe en effet qu'il y ait transport de la chose au domicile du mari ou remise à celui-ci? Ce sont deux faits donnant les mêmes résultats. S'il en est ainsi, si le mari n'est pas devenu propriétaire, c'est parce que, dit Ulpien, telle n'a pas été la volonté du mari et de la femme.

Il résulte bien manifestement de ces deux textes que le dépôt de la chose au domicile de celui qui doit acquérir la possession équivaut à la remise qui lui en serait faite à lui-même.

Cette solution devait naturellement être adoptée par les jurisconsultes romains obligés, ainsi qu'il vient d'être dit, par les nécessités de la pratique, de faciliter l'acquisition de la possession des meubles. Si l'on était inévitablement amené à dire que la possession devait pouvoir être acquise alors même qu'il n'y aurait pas appréhension matérielle,

[1] L. 18, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

[2] L. 9, § 3 D., *De jure dot.,* liv. 23, t. 3.

alors même qu'on se trouverait éloigné de la chose, n'était-ce pas dans l'hypothèse où la chose était déposée au domicile de celui qui doit en acquérir la possession que ce résultat devait se produire?

S'il est, en effet, un endroit où nous pouvons être considérés comme possédant les choses qui y sont déposées, c'est bien notre demeure, notre domicile, c'est bien, comme le dit la loi 7 C., *De inc.*, liv. 10, t. 39, l'endroit où nous avons nos dieux domestiques, où se trouve le centre de nos affaires, où nous restons lorsque rien ne nous appelle ailleurs, de telle sorte qu'on dit que nous voyageons quand nous nous en éloignons, que nous cessons de voyager quand nous y revenons.

J'ajouterai que cette décision donnée relativement à l'acquisition de la possession est absolument conforme aux solutions admises en matière de *justæ nuptiæ*. Et il n'y a pas à s'étonner de ce rapprochement ainsi fait entre la possession et les *justæ nuptiæ* : ce sont en effet deux institutions juridiques de même nature. Nous avons vu en effet que le caractère original de la possession consiste en ce qu'elle n'est autre chose qu'un état de fait qui produit des effets juridiques à partir du moment où certaines conditions sont réunies et tant que ces conditions sont réunies. Or, M. Labbé[1] a montré d'une façon irréfutable qu'il en était de même des *justæ nuptiæ*, qu'il n'y avait pas là un contrat comme dans notre mariage moderne, mais une situation de fait qui, comme la possession, produisait des effets tant que les conditions exigées existaient et à partir du jour où elles existaient. Or, en ce qui concerne les *justæ nuptiæ*, cette situation de fait consiste dans la communauté de vie existant entre époux : comme le disent les textes : *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunc-*

[1] Ortolan, *Explic. hist. des instituts*, 12e édit. 1883, t, II. Appendice, II, p. 684 et suiv. *Dissertations de droit romain et droit français*, par Machelard. Appendice par Labbé, p. 241 et suiv.

tio, individuam vitæ consuetudinem continens[1]. Cette situation de fait suppose donc qu'il y ait possibilité de vie commune, par conséquent que la femme soit mise à la disposition du mari. Et dès lors on voit combien est naturel ce rapprochement fait entre les *justæ nuptiæ* et la possession : si les *justæ nuptiæ* ne peuvent commencer qu'autant que la femme est mise à la disposition du mari, la possession elle aussi ne saurait être acquise qu'autant que la chose est mise à la disposition de celui qui doit en être possesseur : la condition requise est la même dans les deux cas : elle doit dans les deux cas être accomplie de la même façon. Or, que nous disent les textes? Que, grâce à la *deductio in domum mariti,* la femme est mise à la disposition de son mari, de telle sorte que les *justæ nuptiæ* peuvent commencer même pendant l'absence du mari, la *deductio in domum mariti* étant possible, tandis qu'elles ne pourraient commencer, la femme étant absente, parce que manifestement, tant que durera cette absence, la *deductio in domum mariti* sera impossible[2]. Dès lors le droit romain qui considérait la *deductio in domum mariti* comme suffisant pour mettre la femme à la disposition du mari, pour constituer la possibilité de vie commune, condition nécessaire pour que commencent les *justæ nuptiæ,* devait admettre également que le *corpus* nécessaire pour acquérir la possession d'une chose était réalisé quand le dépôt en était fait au domicile de celui qui devait en acquérir la possession.

Ce sont là les seules hypothèses dans lesquelles le droit romain est arrivé à reconnaître que la possession peut être acquise sans qu'il y ait appréhension matérielle : et par conséquent on peut résumer dans les propositions suivantes la doctrine romaine relative au *corpus* nécessaire pour l'acquisition de la possession.

L'appréhension de la chose suffit toujours pour faire ac-

[1] *Inst. Just.*, § 1, t. 9, liv. 1.
[2] L. 5 D., *De ritu. nupt.*, liv. 23, t. 2.

quérir la possession, quelle que soit la cause d'acquisition de la possession.

L'appréhension de la chose est absolument nécessaire quand l'acquisition de la possession se réalise par le seul fait de celui qui doit devenir possesseur.

L'appréhension de la chose est également nécessaire en principe quand l'acquisition de la possession résulte de la transmission de la chose : toutefois elle peut dans ce cas n'être pas exigée, tout d'abord quand il y a perception de la chose par un autre sens que le toucher, en second lieu quand il y a possibilité d'appréhension immédiate, enfin quand il y a dépôt de la chose au domicile de celui qui doit devenir possesseur.

23. — Il est certain que la théorie qui vient d'être formulée n'est pas très satisfaisante au point de vue rationnel, qu'elle présente en réalité beaucoup d'arbitraire. Si en effet on s'explique aisément comment le droit romain soit arrivé, par suite de nécessités pratiques, à consacrer les diverses dérogations énumérées au principe primitif exigeant l'appréhension matérielle pour qu'il y ait acquisition de possession, on ne voit pas pourquoi ces mêmes nécessités pratiques n'ont pas commandé d'autres dérogations, pourquoi le droit romain s'en est tenu là.

A ce point de vue les théories proposées par Savigny, par Ihering sont bien préférables : l'esprit est plus satisfait quand une seule règle générale est posée, englobant toutes les hypothèses possibles dans lesquelles il y a acquisition de la possession, quand on déclare, comme le fait Savigny, que celui-là est devenu possesseur qui a eu la chose à sa disposition immédiate, soit par suite d'appréhension, soit par suite de toute autre circonstance, quand on admet avec Ihering que l'on devient possesseur du jour où il apparaît que l'on se conduit comme propriétaire. J'ajouterai même que ces théories sont préférables au point de

vue législatif; forcément, en procédant par voie d'énumération, on est incomplet, et il ne serait pas difficile de relever nombre d'hypothèses dans lesquelles la possession n'est pas acquise en droit romain, dans lesquelles il serait juste qu'elle le soit.

Mais il n'est pas question ici de rechercher quelle serait la meilleure théorie législative à admettre en matière d'acquisition de possession; il faut en réalité se demander quelle était la théorie romaine. J'ai établi quelle était la solution qui découlait des textes : je vais maintenant montrer que la solution proposée soit par Ihering, soit par Savigny ne pouvait être celle des Romains, et que celle que je vous propose d'admettre est au contraire conforme à l'esprit du droit romain.

Lorsqu'un législateur est appelé à légiférer sur une matière quelconque, il peut s'y prendre de deux façons bien différentes : il peut en effet statuer soit d'une façon abstraite, soit d'une façon concrète.

Il peut tout d'abord statuer d'une façon abstraite : dans ce cas il ne prévoit spécialement aucune hypothèse; mais, prenant comme point de départ cette idée qu'il est bon que tel principe existe pour obtenir un résultat déterminé, il s'efforce de réglementer la théorie qu'il s'agit d'établir de façon à obtenir le résultat désiré, quelles que soient les circonstances qui se présentent.

Il peut aussi donner des solutions concrètes : alors ce législateur a en vue un cas spécial : la pratique lui a révélé qu'il y aurait nécessité ou utilité à ce que, dans ce cas spécial, telle décision soit prise : sans s'inquiéter du point de savoir si les motifs qui commandent d'appliquer cette solution dans l'espèce sur laquelle il légifère ne demanderaient pas à ce qu'elle soit étendue à d'autres espèces, s'il y aurait lieu par conséquent de poser une règle abstraite pouvant trouver son application en d'autres hypothèses, le législateur se contente alors de statuer spécialement sur l'hypothèse prévue, de telle sorte que, si plus tard il pense

que la même solution doit être étendue à d'autres espèces, il devra ensuite, par de nouvelles décisions prises chacune en vue d'hypothèses nouvellement prévues, reproduire la solution déjà admise, mais sans arriver jamais à l'établissement d'un principe général qui supposerait qu'il statue d'une façon abstraite.

De ces deux manières de procéder, la première, celle qui suppose que le législateur statue d'une façon abstraite, est certainement la meilleure : on peut dire que c'est la méthode suivie dans nos législations modernes : c'est la méthode transportée en droit romain par Savigny et Ihering dans l'étude de notre question. En réalité, jamais le droit romain n'y a eu recours. Et en effet ce n'est que dans les pays qui ont une longue culture juridique que l'on peut ainsi, en se dégageant de telle ou telle hypothèse particulière, établir des règles générales, abstraction faite de toute hypothèse spéciale. Or, les théories juridiques se sont pour la plupart créées à Rome, à un moment où le peuple romain, à son origine, vivant encore dans un état voisin de la barbarie, était peu familiarisé avec les notions juridiques, à un moment où forcément, par suite, il pouvait seulement réglementer l'hypothèse spéciale qui avait motivé son intervention, sans être capable de poser une règle générale. C'était donc ce que j'ai appelé la méthode concrète que le droit romain s'était vu obligé d'employer tout d'abord, et cette méthode il l'a ensuite toujours conservée. Il me suffira d'ailleurs de vous montrer, par quelques exemples, l'exactitude des idées qui viennent d'être exposées.

24. — Notre droit actuel, voulant déterminer dans quels cas une personne pourra être tenue envers une autre, en dehors de tout contrat ou quasi-contrat, pose un principe abstrait, qui, sans prévoir spécialement une hypothèse déterminée, mais en les englobant toutes, permet de dire, quels que soient les faits qui se produisent,

s'il y a ou non responsabilité : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, » nous dit l'article 1382 C. civ.

Est-ce ainsi que le droit romain a procédé ? Pas le moins du monde.

Le législateur romain songe tout d'abord à l'hypothèse spéciale dans laquelle une personne, par son fait direct matériel, cause au propriétaire d'un objet corporel un dommage affectant cet objet, dans laquelle, pour employer les expressions consacrées, il y a *damnum corpore corpori datum*, de telle sorte que ce n'est qu'à propos de cette hypothèse spéciale qu'est créée l'*actio legis Aquiliæ*, sans que l'on se soit préoccupé du point de savoir si la solution ainsi admise ne devait pas être étendue à d'autres cas. Et ce ne fut que peu à peu, par suite des nécessités pratiques, que l'on fut amené à donner l'*actio utilis legis Aquiliæ* aux personnes qui, ayant un droit réel sur la chose autre que le droit de propriété, ont eu à souffrir par suite du dommage causé à la chose, à donner également cette action dans le cas où le dommage imputable au tiers n'aurait pas cependant été causé par un fait matériel émanant de lui directement, à réprimer, enfin, par les actions *de dolo* et *in factum*, les dommages n'affectant pas un élément matériel du patrimoine. Comme on peut le voir, le droit romain, ayant commencé à légiférer en vue d'une hypothèse déterminée, ne s'est perfectionné qu'en sanctionnant d'autres hypothèses de plus en plus nombreuses : mais il ne s'est jamais élevé jusqu'à la conception du principe abstrait formulé dans notre article 1382, et il ne serait nullement difficile, en se plaçant même sous Justinien, dans le dernier état du droit romain, de montrer que certains faits, qui tombent sous l'application de l'article 1382, n'ayant jamais été prévus, ne font pas naître en droit romain la responsabilité si justifiée qu'elles entraînent dans notre droit actuel.

25. — Autre exemple qui va montrer que même la législation impériale a conservé les procédés du droit ancien.

On sait que, lorsqu'il s'agit de rechercher si les légitimaires ont la quarte légitime à laquelle ils ont droit sur les biens du défunt, on ne compte pas comme biens faisant partie de cette quarte les donations entre-vifs que le légitimaire a pu recevoir du défunt. Mais, ce principe posé, n'y avait-il pas lieu d'y apporter des dérogations? N'y a-t-il pas des donations entre-vifs qui, dans la pensée du donateur, ne sont que des avances faites au donataire futur héritier, qui n'ont été faites, par conséquent, qu'en vue de permettre à l'héritier d'en jouir plus tôt, mais qui, à tout autre point de vue, doivent être considérées comme faisant encore partie du patrimoine du *de cujus,* comme imputables, par conséquent, sur la quarte?

Cette conception a été admise par le droit romain, et, par conséquent, la question se posait de déterminer dans quels cas, contrairement à la règle de droit commun, la donation serait imputable sur la quarte, quoique faite entre-vifs. Les textes montrent que, sur ce point, il n'a jamais été posé de règles générales abstraites : procédant d'une façon concrète, les empereurs se sont bornés à déclarer imputables sur la quarte légitime diverses donations entre-vifs, au fur et à mesure que la pratique appelait l'attention sur elles.

A raison de sa fréquence même, la donation faite *dotis causa* frappa tout d'abord l'attention des empereurs : ce fut la première donation imputable sur la quarte légitime : plus tard, guidés par un raisonnement d'analogie, ils déclarèrent également imputables sur la quarte légitime la *donatio ante nuptias* faite au descendant par l'ascendant[1] : enfin Justinien, comprenant qu'une donation peut être faite en avancement d'hoirie par un ascendant à son descendant alors même qu'elle n'aurait pas été consentie à

[1] L. 29 C., *De inoff. test.*, liv. 3, t. 28.

l'occasion d'un mariage déclara également imputable sur la quarte légitime la donation faite *ad emendam militiam*[1].

C'est toujours la même méthode : cette théorie juridique se développe par l'extension d'une solution donnée à des hypothèses de plus en plus nombreuses : on ne voit jamais poindre un principe abstrait.

On pourrait multiplier ces exemples; je me contenterai d'en citer un dernier.

26. — On sait qu'en droit romain toute personne qui pouvait exiger la cession des actions soit en exécution d'une convention, soit en vertu d'une règle de droit, devait s'adresser à celui qui avait les actions et qui, la constituant *procurator in rem suam,* lui en conférait ainsi l'exercice. On ne fut pas sans s'apercevoir qu'il était inutile d'exiger qu'il y ait effectivement une *procuratio in rem suam* consentie, puisque celui qui avait les actions ne pouvait refuser de la consentir : dès lors, pourquoi ne pas la réputer sous-entendue? Pourquoi ne pas donner, en dehors de toute *procuratio,* sous forme d'actions utiles à celui qui pouvait en exiger la cession, les actions dont la *procuratio in rem suam* devait lui assurer l'exercice?

Rien n'aurait été plus simple, semble-t-il, que de poser une règle générale et de déclarer que, sans qu'il y ait besoin de *procuratio in rem suam,* les actions qui devraient être cédées seraient données de suite *utilitatis causa* à celui qui pouvait en exiger la cession. Or, en réalité, il n'en a pas été ainsi : procédant par solutions d'espèces, le droit romain a tout d'abord reconnu au profit de l'acheteur d'une hérédité l'existence d'actions utiles à l'encontre des débiteurs héréditaires[2] et aussi au profit du tuteur contre ses co-tuteurs, lorsque, poursuivi, il aura omis de demander la cession des actions que le demandeur avait contre eux[3].

[1] L. 30, § 2 C., *De inoff. test.,* liv. 3, t. 28.
[2] L. 16, pr. D., *De pact.,* liv. 2, t. 14.
[3] L. 1, § 13 D., *De tut. et rat.,* liv. 27, t. 3.

Ce sont là les seules hypothèses dans lesquelles, au temps d'Antonin le Pieux, on tient pour sous-entendue la *procuratio in rem suam*. Ce n'est qu'ensuite et par autant de dispositions spéciales nouvelles que l'on arrive à admettre la même solution au profit du mandant voulant exercer les actions que, dans l'accomplissement du mandat, le mandataire a pu acquérir à l'encontre des tiers[1], au profit de celui à qui une créance a été vendue, léguée, constituée en dot ou donnée en paiement[2]. Justinien enfin déclare que l'acquéreur à titre gratuit, le donataire d'une créance aura lui aussi les actions utiles[3]. Ainsi donc, c'est par une énumération de plus en plus longue des hypothèses dans lesquelles on sous-entend la *procuratio in rem suam* que progresse le droit romain : même sous Justinien, nous ne voyons pas proclamer le principe général abstrait que toute *procuratio in rem suam* obligatoire pour celui qui a les actions doit être réputée sous-entendue : aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner si, dans certains cas encore, au temps de Justinien, celui qui peut exiger la *procuratio in rem suam* de certaines actions ne peut les exercer qu'autant que cette *procuratio* aura été réalisée, si, pour prendre un exemple, le fidéjusseur qui a payé la dette ne peut recourir contre ses cofidéjusseurs qu'autant qu'il s'est fait consentir cette *procuratio* par celui à qui il a fait le paiement.

27. — Ce qui s'est produit dans toutes les hypothèses qui viennent d'être rappelées devait également se produire pour l'acquisition de la possession. Les Romains ont tout d'abord pensé à l'hypothèse qui est de nature à se présenter le plus souvent, à l'hypothèse dans laquelle il y a appréhension de la chose; ils ont déclaré possesseur en conséquence celui qui réalisait cette appréhension et ce n'est

[1] L. 13, § 25 D., *De act. empti*, liv. 19, t. 1.
[2] L. 2 C., *De obl. et act.*, liv. 4, t. 10; L. 18 C., *De leg.*, liv. 6, t. 37; L. 5 C., *Quand. fisc.*, liv. 4, t. 15.
[3] L. 33 C, *De donat.*, liv. 8, t. 54.

qu'ensuite qu'ils sont parvenus à admettre dans certains cas qu'il y avait acquisition de la possession sans appréhension. Doit-on s'étonner que la théorie ainsi construite ne soit pas satisfaisante au point de vue rationnel, qu'elle n'assure pas le titre de possesseur à tous ceux qui devraient l'avoir? Mais ce reproche serait également fondé à propos de toutes les théories qui viennent d'être rappelées : on pourrait citer bien des fautes causant dommage à autrui et qui ne sont pas réprimées par le droit romain, bien des donations qui devraient être imputées sur la quarte légitime et qui ne le sont pas, bien des personnes qui devraient bénéficier des actions utiles et qui ne peuvent s'en prévaloir. Il n'y a là que la conséquence nécessaire des procédés critiquables employés par le droit romain dans l'établissement et le développement des théories juridiques.

D'ailleurs je dois faire observer que les inconvénients que pouvait présenter la théorie romaine relativement à l'acquisition de la possession étaient atténués grâce aux règles admises quant à la preuve que devait fournir celui qui se prétendait devenu possesseur.

Prouver que l'on est devenu possesseur, c'est prouver qu'il y a eu, soit un acte d'appréhension matérielle de la chose, soit un acte équivalent qui a réalisé cette acquisition de la possession. Cette preuve se fera, soit en établissant directement, par exemple au moyen d'un écrit, qu'il y a eu appréhension matérielle ou acte équivalent, soit en montrant qu'il s'est passé un fait tel qu'il présuppose l'acquisition de la possession au profit de celui qui l'invoque, de telle sorte qu'il en résulte une présomption d'acquisition de la possession[1].

[1] Je ne veux pas insister sur les différentes présomptions au moyen desquelles on peut vouloir établir qu'il y a eu en réalité acquisition de la possession, mais je crois cependant nécessaire de dire quelques mots de l'apposition de la marque considérée comme présomption d'acquisition de la possession. Les lois 1, § 2 et 14, § 1 D., *De per. et comm.*

Or il peut se faire que l'écrit invoqué pour prouver qu'il y a eu remise de la chose à l'*accipiens,* qu'il y a eu appréhension réalisée par lui, contienne une allégation contraire à la vérité; il peut se faire que la présomption invoquée, presque toujours vraie, se trouve être fausse dans un cas particulier : qu'arrivera-t-il? C'est que, bien qu'il n'y ait pas eu effectivement d'appréhension, bien qu'il n'y ait pas eu acquisition du *corpus,* tout se passera comme si le *corpus* avait été réellement acquis, à moins que celui contre lequel on invoque cet écrit, cette présomption, n'arrive à en démontrer la fausseté. En réalité, il se produira ici ce qui se produisait au droit classique romain dans le cas où il était présenté un écrit constatant qu'une stipulation avait été faite : de même qu'Ulpien nous dit : « On doit savoir que, lorsqu'un « écrit constate qu'une fidéjussion a été faite, on présume « que tout s'est passé régulièrement[1], » de même on doit

rei vend., liv. 18, t. 6, paraissent en effet donner sur ce point des solutions contradictoires : voici quelle me semble avoir été la solution du droit romain. Tandis que le jurisconsulte Trebatius reconnaissait que l'apposition de la marque devait faire présumer l'acquisition de la possession, en quelque circonstance qu'elle se produise, les autres jurisconsultes déclaraient au contraire, ce qui est beaucoup plus raisonnable, que l'apposition de la marque ne fera ainsi preuve de l'acquisition de la possession, que quand on ne pourra l'interpréter comme une précaution prise en vue d'empêcher la substitution de l'objet promis. Ainsi s'explique, d'une part, que dans la loi 1, § 2 D., *De per. et com. rei vend.,* liv. 18, t. 6, Labéon et Ulpien ne reconnaissent pas dans l'apposition d'une marque sur un tonneau de vin la preuve qu'il y a eu appréhension de ce tonneau, acquisition de la possession, d'autre part, que dans la loi 14, § 1 D., *De per. et com. rei vend.,* liv. 18, t. 6, Paul déclare au contraire que l'apposition de la marque sur des poutres établit l'acquisition de la possession. En effet le danger qu'un tonneau de vin soit substitué à un autre justifie très bien l'apposition de la marque, attendu que cette substitution serait très facile : au contraire ce danger est bien peu à craindre quand il s'agit de choses lourdes, encombrantes, difficiles à manier comme le sont les poutres. Dès lors comment expliquer l'apposition de la marque sinon comme un signe de prise de possession?

[1] L. 30 D., *De verb. obl.,* liv. 45, t. 1.

décider que, lorsqu'un écrit constate qu'il y a acquisition du *corpus*, que, lorsqu'un fait s'est produit qui suppose que cette acquisition a été faite, cette acquisition de la possession doit être tenue pour réalisée conformément aux principes du droit.

On voit aisément en quoi les règles relatives à la preuve viennent, comme je le disais, atténuer les inconvénients de la théorie romaine : il pourra souvent arriver qu'une personne soit réputée ainsi avoir acquis le *corpus*, bien que cependant en réalité il ne se soit passé aucun des faits qui, d'après le droit romain, peuvent faire acquérir la possession. Sans doute, celui qui est intéressé à prouver qu'il n'y a pas eu acquisition de la possession est admis à démontrer la fausseté de l'écrit, la fausseté de la présomption; mais il y a là une preuve fort difficile à faire qui par suite souvent ne pourra être fournie.

C'est grâce aux idées qui viennent d'être exposées que l'on peut, suivant moi, expliquer la constitution de l'empereur Septime Sévère qui forme la loi 1 C., *De don.*, liv. 8, t. 54.

Cet empereur, supposant qu'un donateur a livré au donataire les titres de propriété relatifs aux esclaves qui font l'objet de la donation, conclut de cette remise effectuée que la livraison des esclaves doit être considérée comme faite, et la donation comme exécutée complètement; et il en tire cette conséquence que le donataire pourra revendiquer les esclaves.

On a souvent cherché à interpréter ce texte en disant que l'empereur Septime Sévère, voulant rendre plus facile l'acquisition de la possession, avait assimilé la remise des titres concernant la chose à la remise de la chose elle-même en ce qui concerne l'acquisition de la possession. Mais il est facile de comprendre que cette manière de voir prête fort à la critique. Une législation qui, même au temps de Justinien, exige en principe l'appréhension de la chose pour l'acquisition de la possession, qui tout au plus admet comme

équivalent à l'appréhension la possibilité de la réaliser immédiatement, ou le dépôt de la chose au domicile de celui qui doit l'acquérir, aurait-elle comporté une telle solution, surtout dès le droit classique? N'était-ce pas, en effet, arriver en fait à l'acquisition de la possession et de la propriété par l'effet du seul consentement? Aussi Savigny, ne pouvant accepter une telle solution, quoique adoptant cette manière d'interpréter la loi, a-t-il prétendu qu'il fallait, bien que le texte n'en dise rien, supposer que la remise des titres relatifs aux esclaves avait eu lieu en présence des esclaves, de telle sorte que, s'il n'y a pas eu appréhension matérielle des esclaves, il y a eu un fait qui, ainsi que nous l'avons vu, est certainement considéré comme équivalant à l'appréhension au point de vue de l'acquisition de la possession [1].

Évidemment cette explication fait disparaître toute difficulté, mais ce n'est qu'à la condition de faire au texte une addition importante et c'est ce qui me conduit à la repousser.

Voici en réalité l'explication qui me paraît la meilleure.

L'empereur Sévère, partant de cette idée que, quand on livre à une personne les titres relatifs à une chose, c'est parce qu'on a dû se dessaisir de cette chose au profit de cette personne, en tire cette conséquence que la remise de ces titres constitue une présomption que la possession de la chose a été acquise par celui qui reçoit les titres, qu'il y a eu par conséquent de sa part appréhension de la chose ou acte équivalent au point de vue de l'acquisition de la possession. On devra donc conclure de la remise des titres à la remise de la chose, et par conséquent celui qui les a reçus pourra agir en revendication, car il aura, par la présomption indiquée, prouvé qu'il est possesseur et par suite propriétaire. Il y a, en d'autres termes, présomption qu'il s'est produit un acte entraînant acquisition de la possession et, par

[1] Savigny, *Traité de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 202 et suiv.

conséquent, de la propriété de la chose, résultant de la remise des titres.

Ihering, qui présente cette explication, ajoute que non seulement il y a présomption, mais présomption *juris et de jure* de la remise de la chose quand il y a remise des titres qui la concernent [1], de telle sorte qu'en fait la remise des titres concernant la chose équivaudrait à la remise de la chose elle-même. L'argument qu'invoque Ihering à l'appui de cette solution est un argument d'analogie tiré de ce qui se passe en matière de stipulation : il rappelle la décision contenue dans le § 12, t. 19, liv. 3, Inst. de Justinien aux termes de laquelle l'écrit constatant qu'une stipulation a été faite ne saurait être combattu par une preuve destinée à en montrer l'inexactitude, si ce n'est dans le cas où il pourrait être établi que, pendant tout le jour où il est dit que la stipulation a été faite, les parties ou du moins l'une d'elles ne s'est pas trouvée au lieu indiqué, et il dit que ce qui a été admis en matière de stipulation a dû l'être en matière d'acquisition de possession : pourquoi se refuserait-on à reconnaître que, quand l'acquisition de la possession sera établie au moyen d'un écrit ou d'une présomption, aucune preuve contraire ne devra être admise, quand cela est admis d'une façon certaine quand il s'agit de stipulation ?

Il n'est pas difficile de montrer combien prête à la critique ce raisonnement d'analogie.

Tout d'abord, l'analogie invoquée n'existe pas : en effet, ce n'est qu'à propos de l'écrit constatant qu'une stipulation a été faite, que Justinien a décidé qu'il y aurait preuve en principe irréfragable de l'existence de la stipulation : en outre, on peut faire remarquer que cette preuve résultant de l'écrit, si solide qu'elle soit, réserve cependant la possibilité d'être combattue en certaines hypothèses.

[1] Ihering, *Fond. des interdits possessoires,* trad. Meulenaere, p. 180 et suiv.

Or, en notre sujet, il s'agit non plus d'un écrit constatant qu'il s'est opéré un acte entraînant transmission de possession, mais d'un fait qui fait présumer que cette transmission *a eu lieu* : peut-on conclure, de ce qui est décidé à propos d'un acte confectionné spécialement en vue de servir de preuve, à ce qui doit être décidé à propos d'une présomption? En outre peut-on, en prenant comme point de départ cette idée que le droit romain admet difficilement, mais néanmoins admet la preuve contraire quand il y a écrit constatant l'existence de la stipulation, arriver à cette conclusion que le droit romain ne devait jamais admettre la preuve contraire à l'encontre d'une présomption rendant très probable l'acquisition de la possession?

Au reste l'analogie, fût-elle plus frappante, conduirait seulement à décider que ce fut seulement sous Justinien que la remise des titres constitua une présomption *juris et de jure* de l'acquisition de la possession : comment en effet pourrait-on prétendre que, parce que Justinien a consacré relativement à la stipulation une solution nouvelle, l'empereur Septime Sévère avait dû adopter une solution analogue relativement à l'acquisition de la possession?

En réalité, ce qu'il faut dire, c'est que nous ne trouvons à propos de l'acquisition de la possession aucune décision semblable à celle qu'a prise Justinien pour la stipulation : il faut donc déclarer que Septime Sévère a sans doute reconnu que l'acquisition de la possession et par suite de la propriété peut être prouvée par la remise des titres, mais qu'il n'y a là qu'une simple présomption à l'encontre de laquelle peut être faite la preuve contraire.

28. — Si on veut résumer en quelques mots la théorie du droit romain relative au *corpus* nécessaire pour l'acquisition de la possession, on peut le faire de la façon suivante :

L'appréhension de la chose est en principe nécessaire pour l'acquisition de la possession : elle peut être toutefois suppléée par la perception de la chose au moyen d'un autre

sens que le toucher, par tout fait ayant eu pour résultat de permettre l'appréhension immédiate de la chose par celui qui doit en acquérir la possession, ou de placer cette chose au domicile de celui-ci.

Celui qui aura intérêt à prouver que l'acquisition de la possession a eu lieu, pourra démontrer que l'un ou l'autre de ces faits s'est produit soit au moyen de témoignages, soit au moyen d'un écrit rédigé spécialement dans ce but, soit au moyen de présomptions tirées de faits dénotant qu'il y a eu acquisition de la possession. Conformément au droit commun, ces preuves pourront être combattues par la preuve contraire.

SECTION II.

De l'animus en matière d'acquisition de la possession.

29. — « *Et apiscimur possessionem,* dit le jurisconsulte « Paul[1], *corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.* »

Il ne suffit donc pas, pour que la possession soit acquise, qu'il se soit produit soit un acte d'appréhension de la chose, soit un fait équivalant à cette appréhension au point de vue de l'acquisition de la possession ; il faut qu'au *corpus* se joigne l'*animus :* qu'entendre par là?

Il est absolument certain que l'acquisition de la possession suppose nécessairement la volonté de celui qui veut l'acquérir, que, pour devenir possesseur, il faut, au moment où s'accomplit l'acte matériel grâce auquel la chose est mise à la disposition de celui qui doit devenir possesseur, que celui-ci ait l'*affectus tenendi,* l'intention d'avoir la chose à sa disposition. Pourquoi, en effet, le droit se préoccuperait-il de protéger la situation de fait qui existe entre une personne et une chose, si cette personne n'a nullement désiré qu'elle existe? Il sera temps de le faire quand celui qui a la chose à sa disposition voudra en être possesseur.

De là, la loi 1, § 3 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2. Paul dit dans cette loi que le *furiosus* ne peut commencer à posséder, que le pupille ne peut non plus le faire sans l'*auctoritas* de son tuteur : *quia affectionem tenendi non habent licet maximè corpore suo rem contingant :* ce *furiosus,* ce pupille, déclare le jurisconsulte , sont dans la situation du dormeur entre les mains duquel on viendrait placer un objet.

[1] L. 3, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

Il faut donc, pour acquérir la possession, avoir l'*affectus tenendi*, l'intention d'avoir la chose à sa disposition : c'est là un point certain : mais est-ce bien cet *affectus tenendi* qui est indiqué par les textes sous le nom d'*animus* quand il nous est dit que la possession s'acquiert *corpore et animo?*

30. — C'était, on peut le dire, une doctrine unanimement reçue, il y a quelques années seulement, qu'il y a seulement détention quand les conditions étudiées jusqu'ici sont réunies, et que la possession n'existe que quand, à ces conditions, vient se joindre une nouvelle que l'on nomme l'*animus domini* ou *rem sibi habendi*. L'*animus*, exigé pour qu'il y ait possession, ne serait donc pas l'*affectus tenendi* seulement, la volonté d'avoir la chose à sa disposition : ce serait l'*animus domini*, l'*animus rem sibi habendi*, la volonté de se conduire comme propriétaire.

Cette théorie est déjà professée par Théophile dans sa paraphrase sur les Institutes de Justinien : en deux endroits il indique que, pour posséder, il faut avoir ψυκη δεσπόζοντος, l'*animus domini :*

Νομὴ δέ ἐστι, τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νεμεσθαι; *possessio autem est, animo domini detinere*, dit-il dans sa paraphrase sur le § 4, t. 9, liv. 2, *Inst.* Justinien[1].

Διαφορὰ δὲ τῶ κρατεῖν καὶ τῶ νέμεσθαι ἅυτη· ὅτι κρατεῖν ἐστι φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν. *Est enim hæc tenendi ac possidendi differentia, quod tenere est naturaliter detinere, possidere autem animo domini detinere*, répète-t-il dans sa paraphrase sur le § 2, t. 29, liv. 3, *Inst.* Justinien[2].

Elle a ensuite été adoptée par les anciens interprètes du droit romain et acceptée, comme je le disais, sans discussion jusqu'à l'époque actuelle.

[1] *Theophili antecessoris paraphrasis græca*, éditée par Otto Reitz, p. 323.

[2] *Idem*, p. 720.

Voici comment l'expose Doneau[1] :

Non est satis ad possessionem rem tenere etiamsi maxime tenendi affectum idque ex justà causà habeas. Is possidet qui rem tenet domini affectu, id est, qui pro suà, seu tanquam suam tenet, eique ita insistit.

Et, précisant la notion que je viens de citer, Doneau ajoute un peu plus loin[2] :

Notandum non exigere nos ad possessionem ut quis teneat opinione domini, sed solum ut domini affectu.

C'est, comme on le voit, dire bien clairement que celui qui a une chose entre les mains, avec la simple volonté de l'avoir à sa disposition, d'en tirer certains avantages, n'est qu'un simple détenteur, que le possesseur est celui qui, ayant la chose entre ses mains, a la volonté de se conduire, relativement à cette chose, comme un propriétaire.

Quels sont donc les arguments qui ont été invoqués pour montrer que l'acquisition de la possession exige, non pas seulement l'*affectus tenendi,* mais bien l'*animus domini?*

Il ne suffirait pas de dire que nombre de textes relatifs à la possession font mention de l'*animus*. En effet, alors même que l'*animus domini* ne serait pas exigé pour qu'il y ait possession, l'emploi de ce mot se comprendrait fort bien, puisqu'il est indiscutable que tout au moins l'*affectus tenendi* est nécessaire pour qu'il y ait acquisition de la possession. On peut dire que les textes qui parlent d'*animus* font simplement allusion à cet *affectus tenendi.*

Il ne suffirait pas non plus d'invoquer l'affirmation émise sur ce point par Théophile. Car, si Théophile seul parle de l'*animus domini,* si on n'en trouve aucune trace dans les textes du Digeste et du Code, on est naturellement fondé à en conclure que la théorie de l'*animus domini* est une théorie inventée par Théophile et que ne connaissait pas le droit romain.

[1] *Commentarii ex jure civili,* liv. 5, ch. 6, n° 4.

[2] *Commentarii ex jure civili*, liv. 5, ch. 6, n° 5.

Doneau, pour établir cette théorie, montre que, dans bien des cas, alors même que le *corpus* exigé pour l'acquisition de la possession serait réalisé, qu'il se joindrait à cela l'*affectus tenendi,* il n'y aurait pas possession acquise[1]. C'est, dit-il, ce qui se produit pour le fermier, à propos duquel la loi 33, § 1 D., *De usurp. et usuc.,* liv. 41, t. 3, déclare que « *nec vivo, nec mortuo domino, ullam possesionem habet.* » C'est également ce qui a lieu pour l'usufruitier, à propos duquel le § 4, t. 9, liv. 2, *Inst.* Justinien s'exprime ainsi : « *Fructuarius usucapere non potest, primum quia non possidet.* » C'est enfin ce qui doit être reconnu pour ceux qui sont envoyés par le préteur en possession des biens d'autrui. Dans ce cas, dit la loi 3, § 23 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, le préteur « *non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit.* »

Ainsi donc, pour ne prendre que les exemples cités et qui, d'ailleurs, ne sont nullement limitatifs, le fermier, l'usufruitier, le *missus in possessionem* ne sont pas des possesseurs, et cependant ils ont certainement appréhendé la chose et ils ont l'*affectus tenendi,* attendu que c'est bien par un acte de leur volonté qu'ils ont réalisé cette appréhension. Qu'est-ce à dire, sinon qu'il faut, pour qu'il y ait possession, une condition de plus, condition qui, précisément, manque au fermier, à l'usufruitier, au *missus in possessionem?* Or, si on remarque que ces différentes personnes n'ont pas l'intention de se conduire comme des propriétaires, on devra conclure que l'*animus domini aut rem sibi habendi* était exigé à Rome pour qu'il y ait acquisition de la possession, et que Théophile n'a fait que reproduire d'une façon explicite une théorie connue du droit romain et qui découle des textes qui viennent d'être cités. Comme le dit Savigny : « Là seulement (dans Théophile), cette « proposition se trouve formellement exprimée : dans les

[1] *Commentarii ex jure civili,* liv. 5, ch. 6, n° 4.

« Institutes et dans les Pandectes, on ne la trouve nulle « part, quoiqu'elle soit toujours tacitement admise[1]. »

Cette argumentation de Doneau a besoin d'être complétée.

Les textes cités par cet auteur établissent sans doute qu'il n'y a pas possession toutes les fois qu'au *corpus* de la chose se joint chez celui qui le réalise l'*affectus tenendi* : mais ils ne démontrent pas que, si la possession n'est pas acquise, c'est parce que l'*animus domini* fait défaut. En réalité aucun des textes invoqués n'indique pourquoi ces différentes personnes ne possèdent pas : nous sommes donc jusqu'à présent en face d'une tentative d'explication qui n'est pas encore suffisamment appuyée.

Aussi s'est-on efforcé de compléter la démonstration au moyen d'arguments de principe et d'arguments de texte.

Occupons-nous tout d'abord des arguments de principe : ce sont les seuls qu'invoque Savigny[2] :

« Pour être considérée comme possession, toute déten- « tion doit être intentionnelle, c'est-à-dire que, pour être « possesseur, il ne suffit pas de détenir la chose, il faut « aussi vouloir la détenir. Nous avons maintenant à pré- « ciser davantage ce que c'est que cette volonté, cet *animus* « *possidendi*, correspondant au fait de la détention.

« Nous avons dit plus haut que la détention d'une chose « est un fait physique correspondant au fait juridique de « la propriété. En conséquence, l'*animus possidendi* n'est « autre chose que l'intention d'exercer le droit de pro- « priété. »

Et Savigny ajoute un peu plus loin :

« Ainsi, pour être considéré comme véritable possesseur « d'une chose, il faut nécessairement que celui qui la « détient se gère à son égard en propriétaire; en d'autres

[1] Savigny, *Traité de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 89, note 2.
[2] Savigny, *op. cit.*, p. 88 et 89.

« termes, qu'il prétende en disposer en fait comme un « propriétaire aurait la faculté légale de le faire en vertu de « son droit, ce qui implique en particulier aussi le refus « de reconnaître dans le chef d'autrui un droit quelconque « supérieur au sien. »

On peut résumer l'idée exprimée par Savigny de la façon suivante :

Puisque la possession n'est pas autre chose que l'exercice du droit de propriété, on ne saurait considérer comme possesseur que celui qui entend se conduire comme propriétaire.

Passons maintenant aux arguments de texte :

Deux textes, a-t-on dit, montrent que ceux qui ont la chose entre les mains et la volonté de détenir cette chose, n'en sont pas possesseurs, s'ils n'ont pas l'*animus domini :* ce sont la loi 1, § 20 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 et la loi 37 D., *De pign. act.,* liv. 13, t. 7.

« On peut, dit la loi 1, § 20 D., *De adq. vel amitt. poss.,* « liv. 41, t. 2, acquérir la possession par l'entremise d'un « mandataire, d'un tuteur ou d'un curateur : toutefois, « quand ils ont acquis la possession en leur propre nom « et non dans l'intention de prêter seulement leurs offices, « ils ne peuvent acquérir pour nous. Autrement, si on « disait que nous ne pouvons acquérir que par l'entremise « de ceux qui agissent en notre nom, il arriverait que ne « serait possesseur ni celui à qui la chose a été livrée, « parce qu'il n'a pas l'*animus possidentis,* ni celui qui a « fait la livraison, car, par ce fait même, il a cessé d'être « possesseur. »

Il résulte bien clairement de ce texte que, pour être possesseur, il ne suffit pas d'avoir la chose à sa disposition, d'avoir l'*affectus tenendi* relativement à cette chose, qu'il faut de plus une autre condition que le texte désigne au moyen de cette expression : *animus possidentis.* Très certainement le mandataire qui acquiert la possession *nostro nomine,* a la chose entre les mains, a l'*affectus tenendi,*

l'intention de détenir la chose : s'il n'est pas possesseur, c'est qu'il n'a pas l'*animus possidentis*.

Et si l'on recherche ce qu'il faut entendre par là, on arrive aisément à déterminer d'une façon précise le sens qui doit être donné à cette expression. Le texte oppose au mandataire, au tuteur, au curateur qui détient la chose *suo nomine* et qui par suite possède, le mandataire, le tuteur ou le curateur qui détient la chose *cum eà mente ut operam duntaxat suam accomodaret* et qui n'a pas la possession ; et, comme il déclare que, si cette dernière classe de personnes n'a pas la possession, c'est parce qu'elle n'a pas l'*animus possidentis*, il ressort nécessairement du texte que l'*animus possidentis* n'est pas autre chose que la volonté de détenir la chose *suo nomine*. En parlant de l'*animus possidentis*, Paul a donc voulu parler de l'*animus domini aut rem sibi habendi*.

La loi 37 D., *De pign. act.*, liv. 13, t. 7, fournit un argument semblable :

« Si je donne à bail au propriétaire l'objet qui m'a été « par lui constitué en gage, le contrat de bail que je passe « me conserve la possession : en effet le débiteur, consti- « tuant du gage et propriétaire de l'objet, avant de le « prendre à bail, n'en était pas possesseur, et moi, j'ai con- « servé la volonté d'avoir la chose, tandis que celui qui la « prend à bail n'a pas la volonté d'acquérir la possession. »

Ici encore il est question d'un *animus possessionem adipiscendi* que n'a pas le locataire : or ce ne peut être l'*affectus tenendi*, car on ne peut dire que le locataire qui détient la chose n'a pas la volonté de la détenir : ce ne peut être que l'*animus domini aut rem sibi habendi* qui lui manque.

Tels sont les arguments qui ont été proposés à l'appui de la théorie d'après laquelle il faut, pour être possesseur, avoir l'*animus domini aut rem sibi habendi*. Toutefois l'exposition de la théorie n'est pas encore complète.

Les explications données ont eu pour but d'établir que l'on n'est possesseur qu'autant qu'au *corpus* se joint l'*ani-*

mus domini aut rem sibi habendi : mais les auteurs qui adoptent cette idée devaient reconnaître et ont reconnu en effet que certaines personnes, même réunissant ces diverses conditions, ne pourraient acquérir la possession. Cela se produira quand celui qui détient une chose l'a entre les mains en vertu d'une cause telle qu'il sera obligé de la restituer au propriétaire, quand, par suite, l'acte qui justifie sa détention contiendra, en quelque sorte, l'aveu qu'il n'en est pas propriétaire et qu'il ne saurait, par conséquent, se comporter comme tel par rapport à cette chose. Cet aveu implicite l'empêchera d'être possesseur au moment où il reçoit la chose, et l'empêchera de le devenir par la suite, alors même qu'il manifesterait bien formellement l'intention de se conduire comme propriétaire, tant que la cause de sa détention restera la même.

Cette solution s'imposait. On a vu que, si la possession est protégée en droit romain, c'est parce que par ce moyen on protège le propriétaire : il ne faut donc pas que cette réglementation soit conçue de telle façon que les résultats qu'elle donne soient contraires aux intérêts du propriétaire, que celui-ci ait plus à en souffrir qu'à en profiter. Or c'est ce qui se produirait infailliblement si toute personne devait être considérée comme possédant la chose par cela seul que, la détenant, elle a l'intention de se conduire comme propriétaire, si on déclarait possesseur celui qui détient une chose en vertu d'une cause qui l'oblige à la restituer. Dans de telles conditions, jamais un propriétaire n'oserait confier sa chose à un tiers soit en vertu d'un bail, soit en vertu d'un dépôt, etc.; il aurait en effet à craindre que ce tiers ayant l'*animus domini,* soit au moment où il reçoit la chose, soit postérieurement, n'invoque contre lui les avantages de la possession, de telle sorte que cette protection assurée à la possession, bien loin d'être utile au propriétaire, se retournerait contre lui.

Les textes sont d'ailleurs formels pour montrer que le droit romain ne considérait comme ne pouvant être pos-

sesseur celui qui détient une chose en vertu d'une cause qui l'oblige à la restituer.

La loi 2 C., *De præsc. trig. vel quad. ann.*, liv. 7, t. 39, expose les raisons qui viennent d'être indiquées comme commandant l'adoption de cette doctrine : « On ne doit « pas, dit cette loi, donner le nom de possesseur à ceux « qui détiennent une chose dans des conditions telles qu'ils « doivent pour cela payer une redevance périodique. Donc « aucun de ceux qui détiennent la chose comme locataires « ne pourra, en détenant longtemps la chose, acquérir la « propriété. Il ne faut pas, en effet, que les propriétaires « en soient réduits, ou à perdre ce qu'ils ont loué, ou à « écarter des locataires qui leur sont utiles, ou à protester « publiquement chaque année de leur droit de propriété. »

Sans doute, il n'est question dans ce texte que des locataires, sans doute aussi il n'y est question que de l'acquisition du bénéfice de la prescription de trente ou quarante ans obtenue grâce à une possession prolongée pendant ce temps; mais il n'y a là que l'application d'une théorie plus générale : le texte, en effet, invoque comme motifs de la solution donnée des raisons qui, on vient de le voir, commandent de refuser tous les avantages que peut donner la possession à ceux qui, par suite de la cause même à laquelle ils doivent la détention de la chose, reconnaissent qu'ils ne sont pas propriétaires.

Et, d'ailleurs, les textes mêmes qui sont invoqués par Doneau, voulant prouver que l'*animus domini* est nécessaire pour qu'il y ait possession, confirment cette doctrine. Ces textes[1] en déclarant que le fermier, l'usufruitier, le *missus in possessionem rei servandæ gratiâ* ne possèdent pas, et cela sans distinction aucune, prouvent qu'alors même qu'ils auraient l'intention de se conduire comme propriétaires,

[1] L. 33, § 1 D., *De usurp. et usuc.*, liv. 41, t. 3, § 4, t. 9, liv. 2, *Inst.* Justinien, L. 3, § 23 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

on ne tiendrait aucun compte de l'*animus domini* qu'ils pourraient avoir.

Enfin, s'il fallait encore un argument, on pourrait se prévaloir de la fameuse règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* qui conduit nécessairement à dire qu'après coup celui qui n'a pu être possesseur tout d'abord ne peut le devenir grâce à un nouvel *animus domini*.

31. — La théorie qui exige l'*animus domini* pour qu'il y ait possession se trouve ainsi exposée dans ses grandes lignes : c'est la théorie traditionnelle qui, ainsi que je l'ai déjà dit, a été unanimement reçue jusqu'à l'époque actuelle. Il faut maintenant présenter les objections auxquelles elle donne lieu et qui sont, à mon avis, si graves qu'on ne doit pas hésiter à l'abandonner, et exposer la théorie qui doit être considérée comme la vraie théorie romaine. C'est à Ihering[1] qu'est due la découverte de cette nouvelle théorie : les explications qui vont suivre ne feront que reproduire, tout au moins dans ses parties essentielles, la doctrine de cet auteur.

Il est une première question qui se présente naturellement à l'esprit quand on a terminé l'exposition de la théorie qui est généralement admise : cette théorie est-elle en parfait accord avec les raisons qui ont fait protéger la possession ?

En protégeant la possession, on a voulu protéger le propriétaire ; la preuve de la propriété étant bien difficile, ce propriétaire pourra s'assurer une certaine protection en démontrant simplement qu'il est possesseur : dès lors celui qui se prétend possesseur, doit pouvoir facilement l'établir. En est-il ainsi si la possession doit réunir les conditions exigées par la théorie qui veut que le possesseur ait l'*animus domini* ?

[1] Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. Meulenaere, 1891.

Partons de cette idée que c'est à celui qui invoque un droit qu'incombe la charge d'en prouver l'existence; c'est ce qu'exprime le droit romain dans les deux adages : *Onus probandi incumbit ei qui agit*[1]. *Reus excipiendo fit actor*[2]. Dès lors celui qui déclare être possesseur n'est pas cru sur son affirmation : c'est à lui à prouver qu'il est possesseur, ce n'est pas son adversaire qui doit établir qu'il ne l'est pas. Devant établir qu'il est possesseur, par conséquent qu'il réunit en sa personne toutes les conditions exigées, ce possesseur devra démontrer :

1° Qu'il a le *corpus* de la chose ;

2° Qu'il a la volonté d'avoir ce *corpus;*

3° Qu'il a la volonté de se conduire comme propriétaire, qu'il a l'*animus domini aut rem sibi habendi.*

On a vu comment pouvait s'acquérir le *corpus* de la chose; rien n'est plus simple pour celui qui se prétend possesseur de cette chose que de prouver que le *corpus* de la chose lui est acquis, et l'on ne saurait considérer ce possesseur comme placé dans une situation fâcheuse parce qu'il doit fournir la preuve du fait qui lui a permis d'acquérir le *corpus.* J'ajouterai qu'en faisant cette preuve, il aura établi, en précisant le fait même qui lui a procuré l'acquisition du *corpus,* qu'il avait l'*affectio tenendi,* l'intention de détenir la chose.

Mais en va-t-il être de même en ce qui concerne l'*animus domini* exigé dans la théorie dominante pour qu'il y ait possession? Sera-t-il aussi facile à celui qui se prétend possesseur de prouver l'existence de l'*animus domini ?*

Remarquons tout d'abord que, alors même que le demandeur voudrait simplement établir qu'il est possesseur au moment même où se déroule le procès, le juge n'aura pas à se demander si, à ce moment même, l'*animus domini* existe chez celui qui se prétend possesseur. Il faudra, étant

[1] § 4, t. 20, liv. 2, *Inst.* Justinien.

[2] L. 19 pr., *De prob.*, liv. 22, t. 3; L. 1 D., *De exc.*, liv. 44, t. 1.

donné l'existence de la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis,* qu'il remonte au jour où la possession a commencé, et qu'il examine si à ce moment existait l'*animus domini.* C'est donc l'existence de l'*animus domini* au moment de l'entrée en possession qui devra être prouvée par celui qui se prétend possesseur. Comment cette preuve pourra-t-elle être faite?

Je vais montrer qu'en réalité cette preuve ne peut être fournie, que, dès lors, en exigeant l'*animus domini* chez le possesseur, la théorie dominante fait de la possession une institution juridique absolument inutile. A quoi en effet pourrait servir une institution juridique destinée à faciliter les moyens de preuve que doit invoquer le propriétaire pour être protégé, si en réalité elle exige une preuve, je ne dis pas seulement difficile, mais impossible?

Un auteur[1] a pensé que la preuve pourrait se faire de la façon suivante : celui qui est entré en possession ayant eu le soin de déclarer à l'*initium possessionis* qu'il avait l'*animus domini,* l'intention de se conduire comme propriétaire, n'aura qu'à produire la preuve constatant que cette déclaration a été faite, preuve qui est facile à faire soit au moyen d'un écrit, soit au moyen de témoignages. Mais on peut observer qu'en pratique cette déclaration n'est jamais faite, qu'elle ne le sera jamais. Et en effet qu'est-ce que la possession? Un état de fait; c'est la situation d'une personne qui se trouve dans un rapport déterminé avec une chose, abstraction faite de toute formalité, de toute manifestation de volonté. Peut-on croire qu'un individu recevant une chose, s'en croyant propriétaire, aura l'idée, à l'*initium possessionis,* de déclarer qu'il entend se conduire comme propriétaire afin de se réserver les avantages de la possession? Jamais il ne viendra à la pensée de celui qui veut être possesseur de faire une semblable déclaration.

Puisque la déclaration expresse ne peut avoir d'impor-

[1] Randa, *Der Besitz nach osten. Recht,* 1872, p. 372.

tance en cette matière, il faut bien reconnaître que la preuve de l'existence de l'*animus domini* ne pourra se faire directement : comment en effet pourrait-on directement établir, si ce n'est par la déclaration même émanant du possesseur, que ce possesseur a entendu vouloir se conduire comme propriétaire? Cet *animus* n'est-il pas, comme toute autre intention, caché au fond de la pensée?

Mais alors, peut-on dire, si cet *animus domini* n'est pas susceptible d'être prouvé directement, pourquoi ne le serait-il pas indirectement? Ce nouveau moyen de preuve doit également être écarté.

Et, en effet, d'où pourrait résulter la preuve?

Parlera-t-on de la façon dont celui qui a la chose entre les mains se conduit relativement à cette chose? Dira-t-on que celui qui a l'*animus domini* ne se conduira pas relativement à la chose comme s'il n'avait pas cet *animus?*

On peut faire la double réponse suivante :

Sans doute, il est certains actes qui pourront faire supposer l'*animus domini* chez celui qui les accomplit : ainsi celui qui élève une construction sur un terrain, ou qui démolit une construction, celui qui, d'une façon générale, ne se contente pas d'exploiter la chose, mais, de sa propre initiative, en change la manière d'être, la destination, devra être considéré comme ayant l'*animus domini*.

Mais supposons que celui qui se prétend possesseur ait seulement fait des actes d'exploitation, qu'il se soit contenté, s'il s'agit d'un fonds de terre par exemple, de cultiver le fonds, d'y faire des récoltes, que pourra-t-on en conclure? Ces différents actes peuvent tout aussi bien émaner d'un fermier que d'un propriétaire : ils ne présupposent pas chez celui qui en est l'auteur l'*animus domini* pas plus qu'ils ne l'excluent. Le juge, par l'examen de ces actes, ne saurait décider s'ils ont été accomplis par quelqu'un qui agissait comme fermier ou comme propriétaire. Or, c'est là ce qui se produira le plus souvent en pratique.

Mais ce n'est pas tout. En admettant même que celui

qui a la chose entre les mains ait fait un de ces actes qui supposent chez celui qui les accomplit la volonté de se conduire comme propriétaire, je dis que le juge ne pourra en conclure qu'il possède réellement. Et en effet que résultera-t-il de là? Que celui qui a la chose entre les mains avait l'intention de se conduire comme propriétaire au moment où il a fait l'acte dont s'agit, mais nullement qu'il avait cette intention au moment où il a appréhendé la chose. Or, j'ai déjà eu l'occasion de dire, en citant la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis*, que l'on ne doit tenir compte que de l'*animus domini* existant à l'*initium possessionis*, que la survenance de l'*animus domini* ne saurait transformer la détention en possession.

L'acte accompli montre bien que l'*animus domini* existait chez son auteur au moment même où il a eu lieu ; mais cela ne suffit pas pour établir qu'il est possesseur : il faudrait, en effet, prouver que cet *animus domini* existait au moment même de l'appréhension.

Les inductions tirées par le juge des actes accomplis par celui qui se prétend possesseur ne suffisant pas, sera-t-on plus heureux si on s'en réfère aux circonstances dans lesquelles celui qui se prétend possesseur a reçu la chose, aux causes qui expliquent sa mise en possession?

Non : sans doute on doit reconnaître que, en procédant ainsi, la preuve pourrait être fournie, mais on doit de suite ajouter que la théorie de la possession serait inutile parce que le propriétaire, pour se prévaloir de la possession qui lui est accordée comme possesseur, aurait à fournir une preuve aussi et même plus difficile que celle qui serait exigée de lui quand il s'agirait d'obtenir une protection plus efficace. Pourquoi dès lors invoquerait-il son simple titre de possesseur?

Le propriétaire a, en droit romain, pour assurer la sauvegarde de son droit, l'action en revendication, l'action publicienne, les interdits possessoires, moyens d'action qui sont loin d'avoir la même énergie. Tandis que l'action en

revendication permet à celui qui peut l'invoquer de triompher à l'encontre de qui que ce soit, l'action publicienne ne permet à celui qui l'intente justement que de l'emporter sur certaines personnes. Tandis que l'action en revendication et l'action publicienne sont des actions pétitoires assurant par suite entre les parties en cause une solution définitive, les interdits possessoires, comme l'indique leur nom, ne tranchent que la question de possession, de telle sorte que la partie qui a perdu peut, en recourant aux voies pétitoires, obtenir sur la question de propriété une nouvelle sentence qui la déclarera propriétaire, quoiqu'il ait été jugé qu'elle n'était pas possesseur. L'action en revendication est donc plus énergique que l'action publicienne, et l'action publicienne elle-même l'est plus que les interdits possessoires.

Dès lors, la preuve fournie par le demandeur doit être d'autant moins difficile à faire que l'action qu'il intente produit un effet moins considérable : et, en effet, si les difficultés de preuve étaient les mêmes, le demandeur se servirait toujours de l'action qui lui assurerait les plus grands avantages.

Ces propositions se trouvent précisément confirmées par le rapprochement qui peut être fait de l'action en revendication et de l'action publicienne. Plus énergique dans ses effets, l'action en revendication suppose que le propriétaire prouve qu'il est *dominus ex jure Quiritium*, par conséquent qu'il a reçu, au moyen d'un mode de transfert de propriété quiritaire, la chose dont il s'agit, de celui qui en était *dominus ex jure Quiritium*. Moins énergique, l'action publicienne demande que celui qui agit prouve qu'il a reçu la chose d'un tiers en vertu d'une cause qui pouvait lui en assurer la propriété quiritaire ou bonitaire, mais non pas qu'il prouve que celui qui a livré la chose en était propriétaire.

Une différence de même nature doit exister également entre l'action publicienne et les interdits possessoires.

Ceux-ci produisent des effets beaucoup moins considérables que l'action publicienne. Ils doivent, par conséquent, exiger une preuve plus facile : autrement quelle en serait l'utilité? Pourquoi celui qui a le choix entre l'action publicienne, lui assurant une solution définitive sur le fond du droit, et les interdits, ne donnant de solution que relativement à la possession, et laissant indécise la question de propriété, irait-il se servir des interdits, s'il lui était aussi facile de triompher par l'action publicienne? On doit donc considérer comme en dehors de toute contestation la proposition suivante : la preuve exigée du demandeur doit être plus facile quand il s'agit des interdits possessoires que lorsqu'il est question de l'action publicienne.

Ce point établi, revenons-en à la théorie d'après laquelle la preuve de l'*animus domini* doit se faire par la preuve de la *causa,* de l'acte juridique qui explique la mise en possession. On va voir que, cette théorie admise, le demandeur qui veut se servir des interdits devra faire une preuve tout aussi difficile, dans certains cas même plus difficile, que s'il se servait de l'action publicienne. Et, en effet, que doit prouver le demandeur intentant l'action publicienne? Il doit prouver qu'il possède; il doit, en outre, établir quelle est la cause en vertu de laquelle il possède : il n'a pas d'autres preuves à faire, car la bonne foi est présumée chez celui qui intente la publicienne. Dès lors, si on admet que celui qui intente un interdit possessoire doit démontrer qu'il a l'*animus domini,* si on déclare que, pour faire cette preuve, il doit établir sa *causa possessionis,* on reconnaîtra qu'il aura la même preuve à faire que s'il avait eu recours à l'action publicienne. Il faut même ajouter que quelquefois la preuve sera plus difficile. Et, en effet, si on suppose que le débat porte sur la possession d'un meuble, et que le demandeur invoque, en conséquence, l'interdit *utrubi,* ce demandeur devra, pour triompher au moyen de cet interdit, non seulement établir qu'il détient l'immeuble, établir quelle est la cause en vertu de laquelle il

détient, mais encore démontrer qu'il a possédé la chose plus longtemps que son adversaire, pendant l'année précédente. S'il agit, au contraire, par l'action publicienne, il n'aura pas à faire cette dernière preuve : il aura gain de cause par cela seul qu'il aura prouvé et le fait de la détention et la *causa* qui l'explique, sans qu'il ait à s'occuper, en quoi que ce soit, de la durée de la possession.

Ce rapprochement entre l'action publicienne et les interdits montre que jamais un possesseur de bonne foi n'aurait eu recours aux interdits s'il avait dû prouver sa *causa possessionis,* qu'il aurait employé l'action publicienne, qui, sans exiger des preuves plus difficiles, aurait donné des résultats incomparablement supérieurs.

C'aurait donc été au profit du possesseur de mauvaise foi seul qu'aurait été créée la théorie de la possession[1]. Cela est évidemment inadmissible. Et, en effet, si la possession a été protégée, c'est afin de protéger la propriété et de permettre au propriétaire de se défendre plus facilement. Comprendrait-on, dès lors, que la possession ait été protégée, étant donné que cette protection ne pouvait servir précisément qu'à une personne sachant très bien qu'elle n'est pas propriétaire?

Ainsi donc, les principes du droit romain s'opposent de la façon la plus absolue à ce que celui qui se prétend possesseur soit obligé, pour démontrer le bien-fondé de sa prétention, de faire la preuve de sa *causa possessionis :* aussi voit-on le droit romain reconnaître, comme possédant, des personnes qui ne peuvent être admises à se prévaloir de leur *causa possessionis.* En effet, supposons que ce soit au moyen d'un délit, d'un *furtum,* d'une *rapina* par exemple que le possesseur ait acquis la possession de la chose : on devrait, semble-t-il, lui refuser les avantages de la posses-

[1] Ce possesseur de mauvaise foi aurait en effet pu avoir intérêt à agir, en se servant des interdits possessoires, parce qu'il n'aurait pas eu à craindre que l'adversaire établisse sa mauvaise foi, danger auquel il aurait été exposé s'il avait eu recours à l'action publicienne.

sion : la règle : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* dont l'existence est certaine en droit romain s'opposerait à ce qu'il puisse invoquer le délit qu'il a commis, faire connaître sa *causa possessionis,* à ce qu'il puisse par conséquent prouver qu'il est possesseur. Et cependant le droit romain protège comme possesseur celui-là même qui doit sa possession à un délit : c'est ainsi que le § 3, t. 6, liv. 2, *Inst.* Justinien déclare le voleur possesseur. N'est-ce pas la preuve manifeste, que, pour avoir droit à être protégé comme possesseur, il n'est pas besoin d'invoquer la *causa possessionis.*

Que conclure de tout cela?

C'est que la théorie qui voit dans l'*animus domini* une condition nécessaire pour qu'il y ait possession ne saurait permettre d'atteindre le but en vue duquel la protection de la possession a été instituée : elle ne peut procurer au propriétaire cette plus grande facilité de preuve qui lui est reconnue indispensable. S'il fallait une preuve nouvelle de cette assertion, notre droit actuel la fournirait.

Le Code civil a emprunté à nos anciens auteurs cette théorie traditionnelle de l'*animus domini* nécessaire pour qu'il y ait possession, théorie que ces interprètes avaient cru découvrir dans les textes du droit romain : il a donc exigé (art. 2229 C. civ.) une possession à titre de propriétaire. Mais les rédacteurs du Code se sont aperçus des difficultés de preuve que faisait naître cette exigence de l'*animus domini :* aussi se sont-ils empressés de trancher ces difficultés au moyen de présomptions. De là les art. 2230 et 2231 :

« On est toujours présumé, dit l'art. 2230, posséder pour « soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a « commencé à posséder pour un autre.

« Quand on a commencé, dit l'art. 2231, à posséder pour « autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, « s'il n'y a preuve du contraire. »

L'*animus domini* étant présumé exister chez celui qui a

la chose entre les mains, toutes les objections faites à la théorie qui regarde l'*animus domini* comme une condition essentielle de la possession, et se rattachant aux difficultés de preuve qu'entraîne cette exigence, disparaissent. Trouvons-nous en droit romain des présomptions semblables? Non : on doit donc en conclure que la théorie romaine a dû être différente.

En réalité on ne doit pas hésiter à proclamer que jamais les Romains n'ont exigé l'*animus domini* chez le possesseur : pour eux celui-là possédait qui, ayant le *corpus* de la chose, avait la volonté de la détenir : pour acquérir la possession, il suffisait donc de l'*affectus tenendi* joint au *corpus*. Dès lors, pour les Romains, la preuve de la possession était faite par cela seul que celui qui se prétendait possesseur établissait qu'il avait le *corpus* de la chose et l'intention de la détenir : il n'avait donc qu'à faire une preuve des plus faciles : ainsi que je l'ai fait remarquer, rien n'est plus simple que de démontrer qu'on a le *corpus*, et la façon même dont ce *corpus* a été acquis établissant qu'on a eu la volonté de la détenir, il en résulte qu'en prouvant l'acquisition du *corpus* on aura prouvé l'*affectus tenendi*.

Que telle soit bien la solution du droit romain, c'est ce qui est nettement indiqué par un texte des Sentences de Paul[1].

« La preuve à fournir à l'effet d'établir si la possession a « été ou non livrée soulève non pas tant une question de « droit qu'une question de fait : en effet, pour que la « preuve soit faite, il suffit de montrer que l'on a le *cor-* « *pus* de la chose. »

Il est bien évident que, d'après ce texte, celui qui se prétend possesseur n'a nullement à prouver l'*animus domini*, qu'il a seulement à faire la preuve qu'il a le *corpus*, établissant par là même qu'il a l'*affectus tenendi*, que le *corpus*

[1] § 2, t. 11, liv. 5, *Sent.* Paul.

et l'*affectus tenendi* sont donc les deux seules conditions exigées du droit romain pour qu'il y ait possession.

Le droit romain ainsi compris et notre droit actuel arrivent, on le voit, aux mêmes conséquences en cette matière de la possession.

Le droit romain dit en effet : La question de savoir s'il y a possession est une simple question de fait : il s'agit seulement de voir si le prétendu possesseur a ou non le *corpus* de la chose : c'est la seule preuve qui soit exigée, et on n'a pas à rechercher s'il y a l'*animus domini* chez ce prétendu possesseur, il n'y a aucune preuve à faire à cet égard.

Le Code civil de son côté pose sans doute en principe, contrairement au droit romain, que, pour être possesseur, il faut avoir non seulement le *corpus* de la chose et l'*affectus tenendi,* mais aussi l'*animus domini;* mais il s'empresse d'ajouter qu'en ce qui concerne l'*animus domini* aucune preuve ne sera exigée, qu'il sera présumé. Par conséquent en droit français comme en droit romain, celui qui se prétend possesseur aura à prouver qu'il a le *corpus* de la chose, et n'aura que cela à prouver.

La théorie du droit romain, ignorant la nécessité de l'*animus domini* en matière de possession, est donc plus simple: le droit français est arrivé d'une façon plus compliquée au même résultat parce que, partant d'un point de départ erroné qui aurait conduit à des résultats inadmissibles, il a dû les corriger ensuite : comme le dit Ihering « pour se « sauver d'une impasse dans laquelle il s'est engagé, le « droit actuel, le Code civil a sauté par-dessus les toits. »

32. — Il est donc maintenant constaté que le droit romain n'a pas pu, étant donné la raison d'être de la protection possessoire, consacrer la théorie traditionnellement admise par les interprètes, d'après laquelle l'*animus domini* serait exigée chez le possesseur : aussi est-il facile de citer bien des textes qui démontrent que la notion de l'*animus domini* est absolument étrangère à la théorie romaine de la

possession, que l'on ne saurait poser en principe que l'*animus domini* se joignant au *corpus* constitue la condition nécessaire et suffisante pour qu'il y ait possession.

Que tout d'abord on ne puisse voir dans cet *animus domini* joint au *corpus* la condition nécessaire pour qu'il y ait possession, c'est ce que prouvent certains textes qui, bien loin d'exiger l'*animus domini* chez le possesseur, reconnaissent, comme possédant une chose, une personne qui n'a pas, qui ne peut avoir l'*animus domini.*

Je vous citerai à cet égard tout d'abord la loi 2, § 2 D., *Pro empt.,* liv. 41, t. 4, du jurisconsulte Paul :

« Quand une vente est faite sous condition, l'acheteur « n'usucape pas tant que la condition est en suspens. Et il « en est ainsi, alors même qu'il penserait la condition « accomplie, tandis qu'elle ne le serait pas en réalité : sa « situation en effet est celle de la personne qui croit avoir « acheté. Il en serait, au contraire, tout différemment si la « condition s'est accomplie et si l'acheteur l'a ignoré : on « dira qu'il usucape, en adoptant l'avis de Sabinus qui « prend en considération ce qui s'est produit en réalité bien « plutôt que ce qui est dans la pensée de l'intéressé. »

Voici donc un texte qui déclare bien formellement que celui qui a acheté une chose sous condition commence à usucaper dès l'arrivée de la condition, même s'il ignore que la condition est accomplie, et par conséquent commence à posséder dès ce moment où cependant il ne peut avoir l'*animus domini,* attendu qu'il ignore l'arrivée de l'événement qui lui permettrait d'avoir cet *animus.*

A ce texte on peut joindre la loi 28 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, dont il suffit d'ailleurs de citer les premiers mots :

« Je possède une chose et ensuite je la prends à bail : « perdrai-je la possession? Il importe beaucoup de savoir « ce qui s'est passé, et d'abord si je savais ou j'ignorais « que je possédais. »

Le jurisconsulte Tertullien suppose donc dans ce texte

qu'une personne peut posséder une chose et cependant ignorer qu'elle possède : n'est-ce pas absolument contraire à la théorie qui exige l'*animus domini* chez le possesseur? Le possesseur qui ignore qu'il possède ne saurait avoir l'*animus domini*, l'intention de se conduire comme propriétaire, et cependant il possède. Que devient donc cette condition que l'on prétend essentielle pour qu'il y ait possession?

A côté de ces textes qui établissent qu'une personne peut posséder sans avoir l'*animus domini*, que l'*animus domini* n'est pas par conséquent une condition nécessaire pour qu'il y ait possession, on peut en citer d'autres qui, montrant que l'*animus domini* joint au *corpus* n'assure pas d'une façon certaine la possession, complètent la démonstration de cette idée que la notion de l'*animus domini* est étrangère à la théorie romaine de la possession, en prouvant que cet *animus domini* qui n'est pas nécessaire pour qu'on soit possesseur, ne suffit pas pour assurer la possession quand il se joint au *corpus*.

Il est bien entendu que les textes dont il s'agit ne sont pas ceux qui ont trait aux personnes qui détiennent la chose en vertu d'une cause impliquant reconnaissance du droit de propriété d'autrui : nous avons vu en effet que, dans la théorie traditionnelle qui déclare possesseur celui qui joint l'*animus domini* au *corpus*, on reconnaît que l'on ne tient aucun compte de l'*animus domini* de ces personnes : les textes à citer sont ceux qui se rapportent à des individus détenant une chose en vertu d'une cause qui n'implique pas reconnaissance du droit de propriété d'autrui et auxquels ils refusent le titre de possesseur, quoiqu'ils aient l'*animus domini*.

C'est ce qui se produit dans la loi 60, § 1 D., *Loc.*, liv. 19, t. 2 « : Je pense, dit Labéon dans ce texte, que l'héritier « du fermier, bien qu'il ne soit pas fermier lui-même, « n'en possède pas moins pour le propriétaire. »

Quelques explications sont nécessaires à propos de cette

loi. Si l'on se place à l'époque de Justinien, et si on veut interpréter cette décision d'après les principes établis alors, on est obligé de convenir qu'elle est inintelligible. Et en effet ces principes conduisent à dire que l'héritier du fermier est fermier comme son auteur, le bail ne prenant pas fin par la mort du fermier : dès lors l'héritier du fermier doit, comme le fermier lui-même, être considéré comme un simple détenteur. Par suite, on ne saurait comprendre que le texte déclare que l'héritier du fermier n'est pas fermier, qu'il hésite à voir dans cet héritier un simple détenteur, et l'on doit avouer que l'on est en présence d'une loi que n'auraient pas dû insérer les compilateurs du Digeste.

Mais les principes admis à l'époque de Labéon n'étaient pas ceux qui recevaient sous Justinien leur application. On peut très légitimement déduire de notre texte qu'au temps de Labéon, c'est-à-dire au temps d'Auguste, le louage prenait fin par la mort du fermier. C'est là d'ailleurs une solution qui se justifie aisément : le louage peut en effet, surtout quand il s'agit d'un bail à ferme, être rangé dans la classe des contrats qui se font *intuitu personæ :* il n'est pas indifférent pour le bailleur d'avoir comme fermier une personne quelconque : la culture des terres demande des qualités que l'on ne trouve pas également développées chez tous.

Ceci dit, nous plaçant par conséquent au temps d'Auguste, examinons la solution contenue dans notre texte :

Le fermier meurt; son héritier trouve dans le patrimoine la chose qui fait l'objet du bail et l'appréhende : en sera-t-il possesseur?

Si l'on appliquait la théorie traditionnelle voulant que celui-là soit possesseur qui joint au *corpus* l'*animus domini,* on devrait dire que l'héritier du fermier possédera, s'il a l'*animus domini,* ne possédera pas s'il n'a pas cet *animus.* Et j'ajouterai qu'on devrait admettre qu'il possède même si, ayant cet *animus domini,* il savait que le *de*

cujus en était fermier. En effet, sa mauvaise foi ne l'empêche nullement d'être possesseur, et, d'autre part, on ne peut objecter que, s'il est en possession, c'est en vertu d'une cause qui implique reconnaissance du droit de propriété d'autrui, car, s'il a la chose entre les mains, ce n'est pas en vertu du bail, puisqu'il n'est pas fermier.

Or, ce n'est pas la solution du texte : sans faire aucune distinction, Labéon dit que l'héritier du fermier est un simple détenteur. Il n'est pas temps de rechercher pourquoi cette solution a été admise : c'est là un point sur lequel j'aurai à revenir; mais il suffit, pour le moment, de remarquer que l'on est ici bien manifestement en présence d'une hypothèse dans laquelle une personne qui joint au *corpus* l'*animus domini* ne peut pas posséder, sans que cependant on ait le droit de dire qu'il s'agit d'une personne ne pouvant, par suite de son titre d'acquisition, avoir un *animus domini* dont on tienne compte.

Au reste, la double proposition qui vient d'être établie, à savoir qu'il est en droit romain des possesseurs qui n'ont pas l'*animus domini*, et des individus qui n'ont pas la possession quoique réunissant l'*animus domini* au *corpus*, se trouve encore mise hors de doute par un texte qui nous parle en même temps d'une personne qui possède, bien que n'ayant pas l'*animus domini*, et d'une personne qui ne possède pas quoiqu'elle ait cet *animus*; il s'agit de la loi 21 D., *De usurp. et usuc.*, liv. 41, t. 3 :

« J'ai loué un fonds de terre à celui contre lequel j'au-
« rais usucapé le fonds *pro herede* en continuant à le pos-
« séder; je demande si vous pensez que le bail est valable :
« si vous le jugez nul, pensez-vous que je continue à usu-
« caper? Même question, si dans les mêmes circonstances
« je vends ce fonds de terre : que jugez-vous devoir déci-
« der? Le jurisconsulte répond : Si celui qui possédait *pro*
« *herede* le fonds l'a donné à bail au propriétaire, le bail
« est nul : autrement le propriétaire prendrait à bail sa
« propre chose : par conséquent, le bailleur ne conservera

« pas même la possession : l'usucapion cessera donc de « s'accomplir. Il en est pour la vente comme pour le « louage : on ne saurait acheter sa propre chose. »

Le texte suppose que le possesseur d'une chose la donne à bail au propriétaire : ce bail est nul, c'est là un point à propos duquel je n'ai pas à insister; mais qu'adviendra-t-il de la possession?

Si l'on raisonne d'après les principes admis dans la théorie qui fonde la possession sur l'*animus domini*, on dira : Celui qui possède la chose et qui la donne à bail au propriétaire conserve l'*animus domini* et entend détenir la chose par l'entremise de celui qui doit être son locataire : il conserve donc la possession. Quant au propriétaire qui reçoit la chose en vertu du contrat de louage, il ignore qu'il est propriétaire : autrement il reprendrait sa chose comme propriétaire sans s'astreindre aux obligations qui dérivent du bail : il se considère comme locataire; dès lors, il n'a pas l'*animus domini*, il détient au nom du soi-disant bailleur, il n'est pas possesseur.

Or, le texte donne précisément les solutions contraires à celles qui viennent d'être exposées : le bailleur, bien que conservant l'*animus domini*, ne possède plus (*sequitur ergo ut ne possessionem quidem retinuerit*). Or, si le bailleur ne possède plus, nécessairement le propriétaire possède quoique n'ayant pas l'*animus domini*. N'est-ce pas une preuve certaine que l'*animus domini* n'a jamais joué un rôle dans la théorie romaine de la possession?

33. — Mais cependant, peut-on dire, n'y a-t-il pas des textes qui paraissent faire de l'*animus domini* une condition essentielle de la possession? Comment faire concorder avec la théorie qui considère l'*animus domini* comme ne présentant aucun intérêt en matière de possession, la loi 1, § 20 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, qui dit que celui-là ne possède pas qui n'a pas l'*animus possidentis*, expression qui, ainsi que nous l'avons vu, doit être regardée

comme synonyme d'*animus domini?* Comment comprendre la loi 37 D., *De pign. act.*, liv. 13, t. 7, d'après laquelle celui qui donne une chose à bail conserve la possession parce qu'il a toujours la volonté d'avoir la chose, autrement dit, parce qu'il a toujours l'*animus domini?*

On ne doit pas hésiter à reconnaître que ces textes sont manifestement inconciliables avec la théorie exposée suivant laquelle l'*animus domini* n'a aucune importance en matière de possession ; par suite, la question se pose dans les termes suivants : Doit-on s'en tenir à la loi 1, § 20 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, et à la loi 37 D., *De pign. act.*, liv. 13, t. 17, et déclarer sans valeur les arguments tendant à prouver que la notion de l'*animus domini* est étrangère à la théorie romaine sur la possession? Doit-on, au contraire, tenir ces arguments comme décisifs et laisser de côté les deux textes qui viennent d'être rappelés?

C'est cette dernière solution qui me paraît préférable : mais alors comment expliquer l'existence de ces textes?

Étant donné que les deux textes cités sont du jurisconsulte Paul et qu'il serait impossible de trouver dans le Digeste un autre texte faisant allusion à l'*animus domini* en matière de possession, on est tenté de dire que cette théorie est spéciale à Paul. Lui seul aurait donc exigé l'*animus domini* chez le possesseur, et les interprètes du droit romain auraient eu le tort de faire d'une opinion particulière à ce jurisconsulte une doctrine universellement admise en droit romain. C'est là l'explication donnée par Ihering[1].

A mon avis, il faut aller plus loin et dire que Paul n'a pas eu en cette matière une opinion différente de celle des autres jurisconsultes romains, que, pas plus qu'eux, il n'exigeait chez le possesseur l'*animus domini*. En effet, l'un

[1] *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. Meulenaere, ch. XIII : l'*animus possidentis* de Paul, p. 226 et suiv.

des textes qui ont été invoqués pour établir que le droit romain n'a jamais connu la théorie de l'*animus domini* est précisément du jurisconsulte Paul : il s'agit de la loi 2, § 2 D., *Pro empt.*, liv. 41, t. 4. Paul, supposant dans cette loi qu'une personne a acheté *a non domino* une chose sous condition, et que la condition s'accomplit à l'insu de l'acheteur, déclare que cet acheteur commence de suite à usucaper dès l'arrivée de la condition. Ne résulte-t-il pas bien nettement de là que l'acheteur possède dès l'arrivée de la condition à un moment où il ne peut pas avoir l'*animus domini?* N'est-ce pas la preuve manifeste que Paul ne pensait pas que l'*animus domini* fût une condition nécessaire pour qu'il y ait possession?

Dès lors, quand, dans les deux textes cités, Paul parle de l'*animus domini,* il n'a pas dû attacher une grande importance à l'idée qu'il émettait : il s'est ainsi efforcé de justifier pourquoi le droit romain refusait la possession à certaines personnes, mais on peut dès maintenant déclarer, sauf à revenir plus tard sur ce point, que si les solutions données par Paul sont exactes, les raisons proposées par lui pour les appuyer ne le sont pas.

34. — La théorie traditionnelle, en exigeant chez le possesseur l'*animus domini,* nous est donc apparue comme faisant en droit romain de la possession une institution juridique inutile, comme étant de plus en désaccord avec bien des textes du Digeste; mais ce n'est pas tout encore : elle ne donne pas, quoiqu'en disent les auteurs qui l'adoptent, le critérium qui permettra de distinguer la possession de la détention, critérium qu'il serait, suivant eux, impossible d'indiquer si on se contente de l'*affectus tenendi* pour qu'il y ait possession. Le droit romain, disent ces auteurs, a toujours très nettement distingué la possession de la détention : si le possesseur doit nécessairement avoir l'*animus domini,* rien de plus facile que de faire la distinction : sera possesseur celui qui a l'*animus domini,* sera détenteur

celui qui a seulement l'*affectus tenendi*. Mais si on se contente chez le possesseur de l'*affectus tenendi*, ne va-t-on pas faire de tout détenteur un possesseur? Que devient alors cette distinction qui doit nécessairement être faite entre le détenteur et le possesseur?

Lorsque plus tard je m'occuperai de la détention, on verra qu'alors même que l'on n'exige pas l'*animus domini* chez le possesseur, on peut arriver à distinguer la possession et la détention, que par conséquent on ne peut par cette simple considération écarter le système proposé : je n'insiste donc pas à ce sujet : mais, ce que je veux pour le moment faire remarquer, c'est que la notion de l'*animus domini* n'est nullement satisfaisante à l'effet de déterminer ces hypothèses dans lesquelles il y a possession ou détention, et que la règle posée conduirait à des solutions contraires à celles qu'admet en réalité le droit romain.

Supposons que nous sommes en présence d'un précariste, d'un créancier gagiste, et demandons-nous, en laissant de côté les textes pour le moment, si, dans la théorie qui exige l'*animus domini* chez le possesseur, on doit considérer le précariste, le créancier gagiste comme possédant la chose qui leur a été donnée en précaire ou en gage, ou au contraire comme de simples détenteurs.

La réponse, semble-t-il, s'impose : le précariste est obligé, en vertu de la concession en précaire, de restituer la chose dès que le concédant la redemande; le créancier gagiste doit, en vertu même du contrat de gage, restituer la chose dès qu'il aura obtenu le remboursement de ce qui lui est dû. Dès lors, le précariste et le créancier gagiste, n'ayant la chose entre les mains qu'en vertu de causes les obligeant à la restitution, ne sauraient être considérés comme détenteurs alors même qu'ils auraient l'*animus domini*, devraient par conséquent être traités comme détenteurs.

Telle n'est pas la solution admise par le droit romain : c'est un point certain, indiscutable que le droit romain reconnaît comme possédant l'objet qui leur est confié et le

précariste et le créancier gagiste et qu'il ne voit pas en eux de simples détenteurs. De nombreux textes l'attestent : je me contenterai de vous en citer un, la loi 13, § 1 D., *De publ. in rem act.*, liv. 6, t. 2.

« Quelquefois l'action publicienne est refusée à des per-
« sonnes qui pourraient invoquer une *justa possessio :* en
« effet la possession du créancier gagiste, du précariste est
« une *possessio justa,* et cependant cette action n'appartient
« pas au créancier gagiste, au précariste, parce qu'ils n'ac-
« quièrent pas la possession dans des conditions telles qu'ils
« puissent se croire propriétaires. »

Comment concilier cette solution avec la théorie qui voit dans l'*animus domini* une condition essentielle pour qu'il y ait possession ?

De même, supposons que nous sommes en présence d'un séquestre. Un procès est engagé relativement à la propriété d'une chose : durant le procès, cette chose est confiée à un tiers nommé séquestre qui devra, à l'issue du procès, la remettre à celui qui aura triomphé : ce séquestre doit-il être possesseur ou au contraire détenteur dans la théorie qui exige l'*animus domini* chez le possesseur? Ici encore la solution apparaît comme évidente : le séquestre ne saurait avoir un *animus domini* dont on puisse tenir compte : il ne peut être réputé avoir l'intention de se conduire comme propriétaire puisque le titre en vertu duquel il a la chose entre les mains lui impose l'obligation de la restituer à celui qui triomphera dans le procès en revendication. Et cependant telle n'est pas la solution consacrée par le droit romain. Voici en effet ce que dit la loi 17, § 1 D., *Dep.*, liv. 16, t. 3 :

« La propriété de la chose déposée reste au déposant, et
« aussi la possession : à moins que le dépôt n'ait été fait entre
« les mains d'un séquestre : car alors le séquestre possède;
« en effet, dans un tel dépôt, ce que l'on veut, c'est que,
« pendant tout le temps qu'il dure, aucune des parties ne
« profite de la possession. »

Ainsi donc, le séquestre qui n'a certainement pas l'*animus domini* possède cependant. Que devient la théorie des interprètes du droit romain qui voient dans l'*animus domini* une condition nécessaire pour qu'il y ait possession?

Il y a là une objection fort grave formulée contre la théorie qui voit dans l'*animus domini* une condition nécessaire de la possession; et cependant il ne semble pas qu'elle ait préoccupé les anciens interprètes du droit romain qui tous l'admettaient. Doneau qui, ainsi qu'on l'a vu, déclare fort nettement que l'*animus domini* est nécessaire chez celui qui détient la chose pour qu'il y ait possession, se contente d'ajouter que, pour qu'une personne acquière la possession, il n'est pas nécessaire que la chose lui soit transférée en vue de lui faire acquérir la propriété: il suffit, dit Doneau, qu'il y ait eu intention de transférer la possession, alors même par conséquent que le *tradens* aurait entendu rester propriétaire. C'est ce qui se produit pour le créancier gagiste : le débiteur qui constitue le gage reste propriétaire de la chose donnée en gage et entend en rester propriétaire; néanmoins la possession passe au créancier, parce que telle a été l'intention des parties[1]. Doneau ne donne d'ailleurs aucune autre explication : d'où une grande difficulté pour concilier ce principe posé par lui que la possession suppose nécessairement l'*animus domini* chez celui qui détient la chose avec cette solution qu'il reconnaît vraie à savoir que le créancier gagiste, le précariste, le séquestre possèdent, quoique n'ayant certainement pas l'*animus domini*.

Savigny a tenté de présenter de la façon suivante cette explication que Doneau ne fournit pas[2] :

Sans doute, l'*animus domini* devra exister chez le possesseur toutes les fois que celui-ci se mettra de lui-même en possession, toutes les fois aussi que l'acquisition de la

[1] Doneau, *Comment. de jure civili*, liv. 5, t. 13, n° 12.

[2] Savigny, *Traité de la possession*, trad. Staedtler, p. 98-99.

possession n'ayant pas fait l'objet d'une convention particulière, on ne saurait dire qu'il y a transmission de la possession consentie par l'ancien possesseur au nouveau. C'est d'ailleurs ce qui se produira presque toujours. Mais il peut aussi arriver qu'il en soit autrement, que les parties aient eu précisément en vue le transfert de la possession qui fera ainsi l'objet d'une convention spéciale : dans ce cas, il n'y a pas à parler d'*animus domini*, d'intention de se conduire comme propriétaire devant exister chez celui qui va acquérir la possession. En effet, la possession, quoique n'étant qu'un simple état de fait, produit des effets juridiques, assure des droits au possesseur : elle doit, par conséquent, être susceptible d'être aliénée par le possesseur qui pourra ainsi transférer à un tiers les avantages qui en résultent pour lui. Or, si cela est vrai, il n'y a plus à parler d'*animus domini* devant exister chez celui qui devient possesseur : on ne doit exiger que l'*animus possidendi*, la volonté de devenir possesseur. Cette explication permet, on le voit, de concilier les deux solutions en apparence contradictoires professées par Doneau. On a souvent appelé possession dérivée cette possession acquise par suite d'un accord de volontés intervenu à l'occasion de la possession entre l'ancien possesseur et le nouveau, par opposition à la possession acquise sans que cet accord intervienne et que l'on nomme possession originaire : d'où le nom de théorie de la possession dérivée donné à la théorie que je viens de vous exposer.

Cette théorie de Savigny est, en réalité, inacceptable : en effet, si elle était vraie, ce ne seraient pas seulement le créancier gagiste, le précariste, le séquestre qui, bien que n'ayant pas et ne pouvant pas avoir l'*animus domini*, pourraient posséder; tous ceux qui, ayant reçu la chose en exécution d'un contrat, sont considérés comme détenteurs, pourraient devenir possesseurs, si, dans le contrat qui les constitue détenteurs, il était convenu que la possession leur serait acquise. N'est-ce pas, en effet, un principe certain que chacun peut disposer de son droit comme il l'en-

tend, au profit de qui il veut? En conséquence, le possesseur ne doit-il pas pouvoir disposer de sa possession, comme le propriétaire dispose de son droit de propriété? En appliquant ces idées on devrait dire que le bailleur, que le déposant, le commodant, etc., peuvent, en s'expliquant à ce sujet, si telle est leur intention, assurer la possession au locataire, au dépositaire, au commodataire, etc. Or, est-ce là la théorie romaine?

Doneau ne s'occupe pas de la question : il se borne à dire que si le locataire, le commodataire, le dépositaire ne possèdent pas, c'est parce que les contrats de louage, de dépôt, de commodat n'ont pas été faits en vue de transférer la possession, mais bien plutôt avec l'intention chez le bailleur, le déposant, le commodant de conserver par devers lui les avantages de la possession[1]; mais il ne dit pas ce qui adviendrait dans le cas où l'intention de transférer la possession aurait été exprimée par le bailleur, le déposant, le commodant. Doit-on admettre qu'une telle convention faite au sujet de la possession serait valable?

Certains interprètes ont déclaré cette convention valable : et il faut bien reconnaître que c'est la solution à laquelle conduit logiquement la théorie exposée : pourquoi le possesseur ne disposerait-il pas de sa possession, comme le propriétaire de son droit de propriété[2]?

Mais le Digeste montre que cette solution est insoutenable. Traduisons en effet la loi 10 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 : « Celui qui, tout d'abord, a pris une « chose à bail, et ensuite l'a reçue en précaire, sera réputé « avoir mis fin au bail; s'il avait d'abord reçu la chose en « précaire et l'avait ensuite prise à bail, il sera traité comme « locataire. On considère, en effet, comme devant plutôt « produire effet, l'acte juridique qui a été passé en dernier « lieu. Tel est l'avis de Pomponius. Ce même Pomponius

[1] Doneau, *Comm. de jure civili*, liv. 5, chap. 13, n° 9.
[2] Thibaut, *Archiv.,* vol. 18, p. 322; *Pand.,* § 208, 8e édition.

« se pose avec raison la question suivante : Qu'arrivera-t-il « si celui qui a pris à bail un fonds le reçoit en précaire, « non pas en vue de devenir possesseur, mais en voulant « simplement en avoir la détention? Il en est alors tout dif- « féremment : autre chose est posséder, autre chose est « détenir; c'est ainsi que ceux qui sont envoyés en posses- « sion *rei servandæ gratiâ*, ou bien à raison de la *cautio le-* « *gatorum*, ou bien à raison de la *cautio damni infecti*, ne « possèdent pas, mais détiennent : s'il en est ainsi, précaire « et bail produisent effet. Mais si quelqu'un prend une « chose à bail et la reçoit en précaire dans des conditions « telles qu'il possède, le précaire seul, sans aucun doute, « produira effet, si le loyer est d'un seul *nummus*, attendu « que le louage est nul quand le loyer est d'un seul *nummus*. « Mais, si le loyer n'est pas fictif, il faudra alors rechercher « quel est le contrat qui aura été fait tout d'abord. »

On est ici en présence de deux personnes voulant, par rapport à la même chose, faire deux contrats, un contrat de louage et un précaire : le texte traduit pose et résout la question de savoir si elles peuvent les faire dans des conditions telles que les deux contrats produisent leurs effets.

Ces textes montrent qu'il faut faire une distinction suivant que le précaire doit avoir pour résultat d'assurer au précariste la possession ou la détention.

Ou bien le précaire doit faire acquérir au précariste la possession; il est impossible alors que le louage et le précaire produisent en même temps leurs effets, de là les conséquences suivantes :

Si, des deux contrats, l'un n'est pas susceptible de produire effet, celui-là seul qui peut en produire en produira : « *Si quidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est,* « *quin ei precarium solum teneat; quia conductio nulla est,* « *quæ est in uno nummo.* »

Si, au contraire, les deux contrats sont valables, ce sera le dernier passé qui produira effet : « *potius enim hoc pro-* « *cedere videtur quod novissime factum est,* » dit la loi 10,

pr. D., liv. 41, t. 2; « *sine vero pretio, tunc distinguendum* « *prius quid factum est,* » dit la loi 10, § 2 D., liv. 41, t. 2.

Ou bien, au contraire, le précaire ne doit qu'assurer la détention et non pas la possession, et alors rien n'empêche que le louage et le précaire ne produisent en même temps effet.

Telle étant la solution du texte, comment comprendre que le louage et le précaire puissent coexister et produire en même temps leurs effets, quand le précaire assure seulement la détention, qu'ils ne puissent, au contraire, subsister en même temps, quand le précaire donne au précariste la possession? Si on admet que tout possesseur doit pouvoir transférer sa possession comme tout droit qui lui appartiendrait, on ne voit pas pourquoi le propriétaire, qui a consenti un contrat de bail à son locataire, ne pourrait pas ensuite, sans que pour cela disparaisse le contrat de bail, assurer à ce locataire les avantages de la possession au moyen d'un précaire. Dès lors, si le jurisconsulte qui reconnaît dans ce texte qu'il peut intervenir, entre bailleur et fermier, un précaire assurant la détention, de telle sorte que bail et précaire coexistent, déclare qu'au contraire un bail et un précaire assurant la possession ne peuvent subsister en même temps, c'est bien évidemment parce que le droit romain pose, en principe, que l'on ne saurait être en même temps fermier et possesseur.

La loi 10 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, montre donc que la possession n'est pas susceptible d'être transmise comme peut l'être un droit, puisque le bailleur ne peut transférer sa possession à un fermier : que devient dès lors la théorie de la possession dérivée?

Voici l'explication que donne Savigny, qui a reconnu la valeur des objections qui viennent d'être exposées.

Cette idée, qui a été mise en avant pour expliquer l'existence de la possession dérivée, à savoir que la possession, conférant des avantages juridiques, étant un droit à ce point de vue, peut être cédée, aliénée comme un autre

droit, ne doit pas s'entendre en ce sens que le possesseur doit pouvoir aliéner son droit, quand et comme il le veut, comme le pourrait le propriétaire quand il s'agit de son droit de propriété : elle doit s'entendre seulement en ce sens que, puisque la possession est un droit, on comprend que les avantages puissent en être aliénés, puissent passer d'une personne à une autre. Mais alors il reste à déterminer quand cette aliénation de la possession pourra avoir lieu. Savigny répond en disant qu'elle ne pourra se produire que dans les hypothèses où la loi le permet expressément. Le possesseur n'est donc pas libre de disposer de la possession de sa chose : il ne peut le faire que dans les cas prévus par la loi et de la façon indiquée par elle.

« Toutefois la possession dérivée ne doit pas être entendue dans ce sens qu'il faille l'admettre toutes les fois que « le vrai possesseur prétendrait la faire admettre. Elle est « une dérogation aux principes primitifs de la possession, « et dès lors il ne faut l'admettre que là où le droit positif « l'établit expressément. L'idée de cette possession n'est « donc encore que purement abstraite et ne recevra d'existence concrète et réelle que lorsque nous aurons trouvé « des cas spéciaux où la loi la sanctionne[1]. »

En conséquence, d'après Savigny, le droit romain ne consacre cette possibilité d'aliénation, de transmission de la possession que dans les hypothèses où des raisons d'utilité pratique commandent qu'il en soit ainsi. Voici, en effet, comment Savigny explique que la possession soit reconnue au créancier gagiste. Le but du contrat de gage est d'assurer au créancier gagiste une garantie de paiement de ce qui lui est dû, en lui permettant de conserver par devers lui la chose jusqu'au jour où le paiement aura été effectué : or, pour arriver à ce résultat, il fallait enlever au constituant du gage les actions qui protègent sa possession et les

[1] Savigny, *Traité de la possession*, trad. Staedtler, 2e édit., 1870, p. 100.

attribuer au contraire au créancier gagiste. Il fallait les enlever au constituant du gage pour empêcher que celui-ci ne s'en serve de façon à retirer la chose des mains du créancier gagiste; il fallait les donner au créancier gagiste et constituer ainsi celui-ci possesseur, afin de lui fournir le moyen de conserver la chose jusqu'au paiement. La raison d'être du contrat de gage conduisait donc nécessairement le droit romain à appliquer ici la théorie de la possession dérivée, à déclarer que la possession du constituant du gage passerait au créancier gagiste, et cela a même paru si essentiel en notre matière que le droit romain n'a pas considéré comme possible que le créancier gagiste pût, par une convention expresse, se déclarer non possesseur[1].

Savigny, sans d'ailleurs en exposer les motifs, indique également que la possession peut être transmise au cas de dépôt quand il s'agit du séquestre, et au cas de concession en précaire, ajoutant seulement que le résultat ne se produit, quand il s'agit du séquestre, qu'autant qu'il y a eu une convention expresse à cet égard, et qu'il n'a lieu au profit du précariste qu'autant qu'il n'y a pas eu une convention ayant pour but d'empêcher cette transmission de la possession[2]. Quoiqu'il ne dise rien à ce sujet, il est bien certain que, pour Savigny, s'il y a lieu à application de la théorie de la possession dérivée, c'est parce que cela est nécessaire pour permettre au séquestre, au précaire de produire les effets que l'on doit en attendre, et que c'est cette même considération qui explique qu'elle ne s'applique pas de la même façon dans toutes les hypothèses.

Il serait bien difficile d'admettre cette théorie de Savigny.

Remarquons que l'idée qui sert de point de départ à Savigny semblerait devoir l'amener à d'autres conclusions : « La possession est considérée comme un droit, dit Savigny,

[1] Savigny, *Traité de la possession*, trad. Staedtler, 2e édit., 1870, p. 276 et suiv.

[2] Savigny, *Traité de la possession*, trad. Staedtler, 2e édit., 1870, p. 284 et suiv.

« et à ce titre elle peut être aliénée[1]. » Dès lors n'est-on pas fondé à tirer de là cette conséquence que tout possesseur doit pouvoir aliéner sa possession comme le titulaire d'un droit quel qu'il soit peut en disposer?

Et suffit-il de dire, pour l'écarter, que la possession dérivée « est une dérogation aux principes primitifs de la possession, et que dès lors il ne faut l'admettre que là où le droit « positif l'établit expressément[2]? » Il y a là une simple allégation avancée par Savigny qui a le défaut de ne pas être très claire et qui aurait dû être développée. Pourquoi, au point de vue de la transmission, n'en serait-il pas de même pour la possession et la propriété? De ce qu'il y a des modes d'acquisition de la propriété originaires, s'ensuit-il que les modes d'acquisition dérivés ne s'emploient qu'exceptionnellement? Aussi Savigny en est-il réduit à dire que « l'i« dée de la possession dérivée n'est que purement abs« traite, et ne recevra d'existence concrète et réelle que « lorsque nous aurons trouvé des cas spéciaux où la loi la « sanctionne[3]. »

Dès lors on peut laisser de côté la théorie de la possession dérivée qui en réalité n'explique pas grand chose : c'est ce qu'ont fait bien des auteurs qui exigent chez le possesseur l'*animus domini*. Ces auteurs se bornent à invoquer des raisons d'utilité pratique justifiant les dérogations au principe admises en ce qui concerne le créancier gagiste, le précariste, le séquestre : en réalité, ils admettent le système de Savigny sans parler comme lui de possession dérivée. Prenant donc la théorie sous cette nouvelle forme, laissant de côté toute notion de possession dérivée, on peut résumer de la façon suivante le système de ces interprètes du droit romain :

[1] Savigny, *Traité de la possession*, trad. Staedtler, 2e édit.; 1870, p. 98.

[2] Savigny, *Traité de la possession*, trad. Staedtler, 2e édit., 1870, p. 100.

[3] *Ibidem*.

En principe il faut, pour qu'il y ait possession, que celui qui détient la chose ait l'*animus domini :* toutefois le droit romain n'hésite pas à ne plus exiger l'*animus domini* et à considérer le détenteur comme possesseur toutes les fois que des motifs d'utilité pratique conduisent à le faire.

En elle-même cette explication, plus simple que celle de Savigny, n'est pas absolument inacceptable : ce n'est pas chose inouïe en effet que de voir ainsi le législateur apporter, pour des motifs d'utilité pratique, des dérogations aux règles qu'il pose. Toutefois on peut objecter que la brèche ainsi faite à l'application des principes est bien considérable, d'autant plus qu'il ne serait pas impossible d'ajouter d'autres dérogations à celles qui ont été indiquées. L'importance même de ces dérogations rend par suite illusoire le critérium que la théorie de l'*animus domini* indique comme permettant de distinguer la possession et la détention, étant donné que l'on n'hésite pas à déclarer l'*animus domini* inutile pour qu'il y ait possession, dès qu'on juge bon de conférer à une personne qui n'a pas l'*animus domini* les avantages de la possession. Pourquoi dire que l'*animus domini* est un élément essentiel de la possession, quand on décide si facilement qu'une personne qui n'a pas l'*animus domini* peut posséder?

Ainsi, non seulement au point de vue des textes, au point de vue de l'utilité pratique, la théorie traditionnelle qui exige l'*animus domini* chez le possesseur n'est nullement satisfaisante, mais de plus elle n'offre même pas l'avantage de donner un critérium certain permettant de distinguer le possesseur du détenteur, puisque les auteurs qui la soutiennent, après avoir posé comme principe que celui-là seul possède qui a l'*animus domini,* s'empressent d'ajouter qu'il y a des possesseurs qui n'ont pas cet *animus*.

Il faut donc conclure en disant que le droit romain n'a jamais exigé l'*animus domini* comme condition essentielle pour qu'il y ait possession, que, pour devenir possesseur, il suffit de joindre au *corpus* l'*affectio tenendi.*

35. — Le *corpus* et l'*animus tenendi* constituant les deux conditions suffisantes mais nécessaires pour qu'il y ait acquisition de la possession, il y a lieu de se demander si par suite l'acquisition de la possession ne va pas être rendue impossible pour certaines personnes.

Pour qu'il y ait possession, il faut le *corpus*, c'est-à-dire le contact matériel avec la chose, ou tout au moins la réunion de certaines conditions qui rendent ce contact très facilement réalisable : comment parler de contact matériel à propos de personnes morales, d'hérédités jacentes qui n'ont aucune existence matérielle, qui sont de pures conceptions juridiques?

Pour qu'il y ait possession, il faut de plus l'*animus tenendi*, l'intention d'être en contact avec la chose : comment l'hérédité jacente, comment une personne morale pourraient-elles avoir une volonté quelconque, comment, par conséquent, pourraient-elles avoir cet *animus tenendi?* Comment une personne considérée par suite de son état d'esprit comme incapable d'avoir une volonté, un *infans,* un *furiosus,* par exemple, pourrait-elle avoir un *animus* dont on puisse tenir compte?

Dira-t-on, dès lors, que ces incapables, que ces personnes morales ne pourront acquérir la possession? Si le droit romain l'avait admis, il mériterait de justes critiques. En effet, si la possession a été protégée parce que l'on a jugé cela nécessaire pour compléter la protection due au propriétaire, toute personne qui peut acquérir la propriété doit aussi pouvoir acquérir la possession : on ne comprendrait pas pourquoi la personne morale, pourquoi l'incapable seraient privés des avantages de la possession.

Aussi n'est-ce pas la théorie romaine : voici en réalité quelles ont été les solutions admises.

Puisque la réunion du *corpus* et de l'*animus* était nécessaire pour que la possession fût acquise, on était forcément conduit à reconnaître que les personnes qui ne pouvaient elles-mêmes réaliser soit le *corpus,* soit l'*animus*

ne pouvaient par elles-mêmes acquérir la possession. C'est pour cela que le jurisconsulte Paul dans la loi 1, § 3 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, nous dit : « Le *furio-* « *sus* et le pupille qui n'a pas l'*auctoritas* de son tuteur[1] « ne peuvent commencer à posséder, attendu que, même « étant en contact matériel avec la chose, ils n'ont pas « l'*affectus possidendi* pas plus que le dormeur dans la « main duquel on placerait quelque chose. »

C'est pour cela encore que ce même jurisconsulte Paul s'exprime ainsi relativement aux personnes morales : « Les « municipes ne peuvent rien posséder par eux-mêmes, « étant incapables de consentement. Ils ne possèdent ni « leurs forums, ni leurs basiliques, ni quoi que ce soit « d'analogue : il y a seulement un usage général de tout « cela[2]. »

C'est enfin par application de ces idées qu'Ulpien donne une décision analogue à propos de l'hérédité jacente :

« Scevola dit qu'il y a un *furtum possessionis,* mais que, « s'il n'y a pas de possesseur, il ne saurait y avoir ce *fur-* « *tum.* En conséquence, ce *furtum* ne peut être commis au « préjudice d'une hérédité jacente, parce que l'hérédité « ne saurait avoir la possession qui suppose un fait maté- « riel et la volonté, et que l'héritier n'est possesseur que « lorsqu'il a la chose entre les mains : en effet, l'hérédité « ne peut lui faire acquérir que ce qui est contenu dans

[1] Il est à remarquer que ce pupille dont parle Paul est un *infans;* en effet, le pupille sorti de l'*infantia* pouvant faire sa condition meilleure, peut avoir un *animus tenendi* parfaitement valable, l'acquisition de la possession rentrant certainement dans la catégorie des actes qui rendent meilleure la condition de celui qui les accomplit. Et l'on ne saurait objecter contre cette solution que Paul parle d'un pupille auquel le tuteur peut donner son *auctoritas*, ce qui ne se comprend que pour le pupille ayant déjà une certaine capacité, par conséquent sorti de l'*infantia :* on verra, en effet, qu'exceptionnellement en matière d'acquisition de possession, l'*auctoritas tutoris* peut être donnée avec efficacité à un *infans.*

[2] L. 1, § 22 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

« l'hérédité : or la possession n'a jamais appartenu à l'hé-
« rédité [1]. »

Mais s'il est établi que celui qui ne peut réaliser lui-même le *corpus* et l'*animus* ne peut acquérir par lui-même la possession, doit-on en conclure qu'il ne pourra devenir possesseur? C'est là une conclusion qui serait certainement fausse : en effet, nous verrons que la possession qu'on ne peut acquérir par soi-même, on peut l'acquérir par l'intermédiaire d'un tiers : par conséquent, rien n'empêchera la personne morale, l'incapable qui ne peuvent par eux-mêmes acquérir la possession d'arriver à ce résultat par l'intermédiaire d'un tiers et c'est ce que constate Ulpien pour les personnes morales. « C'est, dit-il, une règle cer-
« taine que les municipes peuvent posséder et usucaper,
« et que ces avantages juridiques peuvent leur être acquis
« par l'intermédiaire d'un esclave ou d'une personne
« libre [2]. » Je ne puis donc sur ce point que renvoyer à des développements que je présenterai plus loin, me contentant de faire observer que le droit romain, en permettant ainsi à ceux qui ne peuvent par eux-mêmes acquérir la possession, de l'acquérir par l'intermédiaire d'un tiers, a donné ainsi le moyen à tous ceux qui peuvent être propriétaires de s'assurer les avantages de la possession.

J'ajoute que cette solution admise a conduit les jurisconsultes romains à consacrer une dérogation certaine à la règle suivant laquelle celui qui doit devenir possesseur doit réaliser le *corpus* et l'*animus*, et à déclarer que, dans une hypothèse, la possession serait acquise par celui qui aurait seulement accompli les conditions exigées pour le *corpus*.

Il s'agit de l'acquisition de la possession par l'*infans* : étant donné le principe que je viens d'indiquer, cet *infans* pourrait acquérir la possession par l'intermédiaire de son tuteur : mais supposons que ce soit l'*infans* lui-même qui

[1] L. 1, § 15 D., *Si is qui test. liber*, liv. 47, t. 4.
[2] L. 2 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

se saisisse de la chose : n'y aurait-il pas bien de la rigueur à ne pas admettre qu'il puisse devenir possesseur? Pourquoi ne pas dire que l'*animus tenendi,* que ne peut avoir l'*infans,* pourra être réalisé par le tuteur, que l'*auctoritas tutoris* venant accompagner l'appréhension faite par l'*infans* suffira pour permettre à cet *infans* d'acquérir la possession? Puisqu'il est reconnu que le tuteur peut, à la place de l'*infans,* accomplir toutes les conditions nécessaires pour l'acquisition de la possession, de telle façon que l'*infans* n'intervient pas dans cette acquisition, pourquoi refuserait-on d'admettre que, l'*infans,* réalisant le *corpus,* le tuteur pourrait, en donnant son *auctoritas,* suppléer à l'*animus* qui manque forcément chez cet *infans?* Le tuteur qui peut remplacer l'*infans* quand il s'agit tout ensemble du *corpus* et de l'*animus* doit pouvoir le faire également quand il s'agit de l'*animus* seulement. Cette solution motivée par l'argument que je viens de présenter est donnée par la loi 3 C., *De adq. et retin. poss.,* liv. 7, t. 32, à laquelle on ajoutera la loi 32, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 :

« Lorsqu'une donation est faite à un *infans,* dit la loi 3 « C., *De adq. et retin. poss.,* liv. 7, t. 32, la possession li- « vrée à cet *infans* est acquise alors que celui-ci n'a réalisé « que le *corpus.* Et en effet, malgré l'opinion contraire de « certains jurisconsultes, il paraît préférable d'admettre « que, tant que durera l'*infantia,* la possession sera acquise « à la suite de la tradition, quoique l'*animus tenendi* de « l'infans ne soit pas valable : autrement (comme le dit « Papinien dans une réponse) l'*infans* ne pourrait pas « acquérir la possession par l'intermédiaire de son tuteur. »

Cette loi, on le voit, expose l'argument que je viens de vous présenter : puisque le tuteur peut accomplir et le *corpus* et l'*animus* et faire ainsi acquérir à l'*infans* la possession, pourquoi ne pourrait-il pas, quand l'*infans* a réalisé lui-même le *corpus,* le suppléer seulement pour l'*animus?* De là l'*auctoritas tutoris* venant remplacer l'*animus tenendi* que ne peut avoir l'*infans* qui a appréhendé la chose : c'est

ce que dit explicitement la loi 32, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2,

« C'est à bon droit que l'on décide que l'*infans* peut posséder s'il a commencé à le faire avec l'*auctoritas* de son « tuteur : en effet, la volonté de l'*infans* est suppléée par « cette *auctoritas* du tuteur : c'est ce qui a été admis *utilitatis causà :* et en effet il ne peut y avoir chez l'*infans* la « volonté d'acquérir la possession[1]. »

Les jurisconsultes romains qui, comme on vient de le voir, étaient arrivés, pour des motifs d'utilité pratique, à laisser de côté la règle suivant laquelle celui qui acquiert par lui-même la possession devait lui-même réaliser le *corpus* et l'*animus* et à décider que la possession serait acquise à l'*infans* qui aurait appréhendé la chose quand à cette appréhension se joindrait l'*auctoritas* du tuteur, ne s'en sont pas tenus là; faisant un nouveau progrès, ils décidèrent que l'*auctoritas tutoris* ne serait nullement nécessaire quand le pupille quoique *infans* serait capable d'avoir une certaine volonté : cette volonté, considérée comme sans valeur d'ordinaire, fut jugée suffisante quand il s'agit d'acquérir la possession. Et, en effet, cette solution utile, puisqu'elle facilitait l'acquisition de la possession, ne présentait aucun inconvénient : l'acquisition de la possession en effet ne saurait entraîner une perte quelconque pour le pupille : elle ne peut que lui être avantageuse. De là la loi 32, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, ajoutant que : « Le pupille « peut même sans l'*auctoritas* de son tuteur acquérir la possession, » après avoir, comme on l'a vu, exposé que l'*infans* peut acquérir la possession avec l'*auctoritas* de son tuteur. De là la loi 1, § 3 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv.

[1] Savigny (*Tr. de la poss.*, trad. Staedtler, 1870, p. 236 et 237) prétend que ce texte, indiqué dans le manuscrit de Florence comme étant de Paul, est en réalité de Papinien et contient la réponse de ce jurisconsulte à laquelle fait allusion la loi 3 C., *De adq. et ret. poss.,* liv. 7, t. 32. Je n'insiste pas d'ailleurs sur ce point qui n'a pas d'intérêt par rapport à la solution de la question.

41, t. 2, résumant toute la théorie développée précédemment.

« Le *furiosus* et le pupille qui n'a pas l'*auctoritas* de son « tuteur ne peuvent commencer à posséder, attendu que, « même étant en contact matériel avec la chose, ils n'ont « pas l'*affectus possidendi* pas plus que le dormeur dans la « main duquel on placerait quelque chose. Mais le pupille « commencera à posséder avec l'*auctoritas* de son tuteur. « Ofilius et Nerva le fils disent que, même sans l'*auctoritas* « de son tuteur, le pupille pourra commencer à posséder, « car il s'agit là d'une *res facti non juris :* cette opinion « peut être adoptée si le pupille est d'un âge où il ait quel- « que intelligence. »

CHAPITRE II.

DE LA CONSERVATION DE LA POSSESSION.

36. — La possession est, nous l'avons vu, un état de fait qui se prolonge; par conséquent, pour établir d'une façon complète la théorie de la possession, il ne suffit pas de rechercher quelles sont les conditions exigées pour que la possession commence : il faut aussi se demander si la possession acquise ne sera conservée qu'autant que seront maintenues les conditions auxquelles est soumise cette acquisition de la possession ; il faut; si telle n'est pas la solution admise par le droit romain, fixer avec précision les conditions auxquelles le droit romain subordonne la conservation de la possession.

Il est facile de comprendre que la possession acquise ne devait pas exiger pour sa conservation les conditions imposées quand il s'agit de l'acquisition. En effet, déclarer que le possesseur ne restera possesseur que tant que l'*animus tenendi* continuera d'exister, que la possession cessera au moment où cet *animus* n'existera plus, c'est dire que celui qui a une chose entre les mains ne la possédera que pendant qu'il pensera à cette chose : car ce n'est que lorsqu'il pense à cette chose que l'on peut dire qu'il a l'*affectus tenendi;* c'est dire par conséquent que la possession cessera forcément pendant le sommeil du possesseur. Déclarer que le possesseur ne restera tel qu'autant que persisteront les conditions exigées pour que le *corpus* nécessaire à l'acquisition de la possession soit réalisé, c'est dire que,

par cela seul que le possesseur s'éloignera de la chose, la possession disparaîtra. La possession serait toujours intermittente : or, c'est ce qu'on ne saurait admettre : comment en effet pourrait-on arriver à l'usucapion qui suppose une possession continue prolongée pendant un ou deux ans?

La possession se conserve donc plus facilement qu'elle ne s'acquiert : reste à déterminer à quelles conditions le possesseur conservera la possession qu'il a acquise.

Un texte bien connu, répété deux fois dans le Digeste, nous donne la solution de la question : ce texte est contenu dans la loi 8 D., *De adq. vel amitt poss.,* liv. 41, t. 2, et dans la loi 153 D., *De reg. jur.,* liv. 50, t. 17. Je prends cette dernière loi qui donne le texte d'une façon plus complète :

« C'est une règle presque générale que les mêmes actes « par lesquels nous nous sommes obligés, nous libèrent « quand ils sont employés en sens opposé : en effet les « modes qui nous font acquérir un droit, nous le font « perdre quand ils sont employés en sens opposé. Par « conséquent, puisque la possession n'est acquise qu'autant « qu'il y a *corpus* et *animus,* elle n'est perdue qu'autant « que s'est produit le contraire du *corpus* et de l'*animus.* »

Cette loi, on le voit, a pour but de faire connaître le principe qui veut qu'un droit se perde par un mode contraire à celui qui a servi à le constituer : c'est un principe qui a de nombreuses applications : c'est ainsi que l'obligation née *ex stipulatu* s'éteint par une *acceptilatio,* c'est-à-dire par une stipulation faite en sens contraire de celle qui a servi à établir le droit[1] : c'est ainsi encore que les obligations dérivant d'un contrat consensuel s'éteignent *contrario consensu,* c'est-à-dire par un accord de volontés donné en sens contraire de celui qui avait été employé pour les faire naître[2]; c'est ainsi encore que ce principe trouve son

[1] Gaius, C. III, § 170.
[2] *Inst.* Just., § 4, t. 29, liv. 3.

application en matière d'extinction des servitudes résultant de renonciation[1], en matière de dissolution de la *conventio in manum* établie par *confarreatio*[2], en matière de révocation de legs[3]. Paul montre dans la loi citée que ce même principe s'applique également en matière de possession. La possession acquise au moyen du *corpus* et de l'*animus* se perdra donc, non point quand il n'y aura pas *corpus* ou *animus*, mais lorsque, comme le dit le texte, *utrumque erit in contrarium actum*, lorsqu'il y aura un *corpus*, un *animus* établis en sens opposé du *corpus*, de l'*animus* qui ont servi à faire naître la possession.

Telle est la notion qu'établit le texte cité et que je dois maintenant préciser.

[1] Gaius, C. II, § 30.
[2] Festus, v° *Diffarreatio*.
[3] *Inst.* Just. pr., t. 21, liv. 2.

SECTION I.

De l'animus en matière de conservation de possession.

37. — Il résulte de la loi qui vient d'être citée que, pour que la possession cesse, il faut que l'*animus sit in contrarium actus :* que veut dire cela, sinon que la possession cessera le jour où à l'*affectus tenendi,* où à la volonté d'avoir la chose en son pouvoir succédera la volonté de ne pas l'avoir. Il ne suffit donc pas que celui qui a la chose entre les mains n'ait pas, à un moment donné, l'*affectus tenendi,* il faut qu'il ait l'intention de ne plus avoir la chose. Et cette solution qui résulte bien nettement du principe que j'ai posé se trouve confirmée par bien des textes qui en font l'application. Je citerai à cet égard la loi 3, § 6 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 51, t. 2.

« En ce qui touche la perte de la possession, il faut « prendre en considération la volonté de celui qui possède. « Si donc vous occupez un fonds et si vous ne voulez plus « le posséder, vous perdez de suite la possession. »

Paul, dans cette loi, supposant que le *corpus* est réalisé sur la chose, indique nettement que ce n'est que du jour où le possesseur ne veut plus posséder la chose qu'il y a perte de la possession : il ne suffit donc pas qu'il n'ait point l'*affectus tenendi,* il faut que cet *affectus* qu'il a eu soit *in contrarium actus,* soit devenu un *affectus non tenendi.*

Cette même notion est encore établie par la loi 17, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 :

« Entre la propriété et la possession, il y a cette différence « que le propriétaire reste propriétaire même lorsqu'il a la « volonté de ne plus l'être : la possession disparaît au con- « traire dès que le possesseur a la volonté de ne plus pos- « séder. Si donc une personne livre la possession dans

« l'intention que plus tard elle lui soit restituée, elle cesse « de posséder. »

Et, s'il fallait d'autres preuves pour établir que la possession ne cesse que quand il y a *animus non tenendi* et continue même quand l'*animus tenendi* fait simplement défaut, on les trouverait dans les textes qui disent que l'*infans*, le *furiosus* continuent de posséder.

C'est ainsi que Proculus dans la loi 27 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, dit :

« Celui qui, conservant *animo solo* la possession des « pâturages, devient fou, ne peut, durant sa folie, en perdre « la possession ; en effet, le fou ne peut cesser de posséder « *animo*. »

C'est ainsi encore que Paul dans la loi 4, § 3 D., *De usurp. et usuc.*, liv. 41, t. 3, déclare :

« Le *furiosus* usucape ce qu'il a commencé à posséder « avant sa folie. Cela n'est vrai cependant qu'autant qu'il « possède en vertu d'une cause permettant l'usucapion. »

Si l'on devait admettre que la possession disparaît au moment où il n'y a pas *animus tenendi*, ne devrait-on pas reconnaître que le *furiosus*, incapable d'avoir un *animus tenendi* dont on puisse tenir compte, devrait cesser de posséder à dater du jour où il est devenu *furiosus?* Les jurisconsultes romains adoptent précisément la solution contraire : non seulement le *furiosus* continue à posséder, mais de plus, dit Proculus, il ne peut cesser de posséder *animo*, car il ne peut avoir un *animus non tenendi* susceptible d'être pris en considération.

La règle que nous étudions en ce moment donne l'explication d'une autre solution. Une personne qui a commencé à posséder une chose meurt : jusqu'au jour où l'héritier se mettra en possession des choses héréditaires, l'usucapion et la possession par conséquent continueront malgré la mort du possesseur : c'est ce que dit un texte de Neratius, la loi 40 D., *De usurp. et usuc.*, liv. 41, t. 3 :

« C'est une règle établie que l'usucapion commencée par

« le défunt peut être parfaite même avant l'adition d'hé-« rédité ». Comment expliquer cette solution? L'hérédité, tant qu'elle est jacente, est en droit romain revêtue d'une certaine personnalité qui lui permet d'acquérir des droits; elle est considérée comme soutenant la personne du défunt. Toutefois l'attribution de cette personnalité à l'hérédité jacente serait insuffisante pour justifier la solution fournie par ce texte, et l'on devrait, nonobstant cette personnalité reconnue à l'hérédité, déclarer la possession et par suite l'usucapion interrompues par le décès du possesseur, si la persistance de l'*animus tenendi* chez le possesseur avait été exigée pour la continuation de la possession. Si favorable que l'on soit à cette idée que l'hérédité jacente joue le rôle du défunt, il est bien impossible de considérer cette hérédité jacente comme susceptible d'avoir une volonté quelconque, l'*animus tenendi* par conséquent. Au contraire, la solution du texte se comprend bien aisément si on part de cette idée que, pour conserver la possession, il suffit que l'*animus tenendi* ne se change pas en *animus non tenendi*. De même qu'il a été reconnu que le *furiosus*, incapable de volonté, peut cependant continuer à posséder, on reconnaîtra également que l'hérédité jacente peut le faire. En effet (et c'est là déjà la raison donnée quand il s'est agi d'expliquer pourquoi le *furiosus* peut continuer à posséder), s'il est vrai de dire que l'hérédité jacente ne peut avoir l'*animus tenendi*, il est non moins vrai, et c'est ce qui importe en matière de conservation de possession, qu'elle ne peut avoir d'*animus non tenendi* : il est donc impossible que se produise cet *animus in contrarium actus* nécessaire pour qu'il y ait perte de la possession.

38. — Il est donc bien établi que l'on ne perd la possession *animo* qu'autant qu'à l'*affectus tenendi* succède l'*affectus non tenendi* : il reste maintenant à trancher une question de preuve. Cet *affectus non tenendi* qui succède à l'*animus tenendi* existant antérieurement doit être prouvé par celui

qui prétend que la possession a cessé. Il est impossible de dire d'avance comment se fera cette preuve : elle résultera, soit de la manifestation expresse de volonté émanant de celui qui a la chose entre les mains, soit des circonstances : c'est ainsi que bien souvent l'*animus non tenendi* sera mis hors de doute par la négligence que montre celui qui a la chose en sa puissance relativement à la chose, par le défaut de soin dont il fait preuve : comment interpréter en effet cette conduite sinon par cette considération qu'il ne veut plus de la chose, qu'il ne désire plus l'avoir à sa disposition pour en tirer les avantages qu'elle peut donner?

N'est-ce pas là ce qui résulte de la loi 40, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2?

Africain, dans cette loi, supposant qu'une personne possède par l'intermédiaire d'un fermier, déclare que des motifs d'utilité pratique ont fait admettre que, malgré la mort du fermier, la possession serait conservée : « A la « mort du fermier, dit-il, on ne doit pas déclarer que de « suite cesse la possession, mais qu'elle cessera seulement « quand le *dominus* aura montré de la négligence pour « recouvrer la détention. » En se montrant négligent, le *dominus* laisse entendre qu'il ne veut plus avoir la chose, qu'à l'*affectus tenendi* succède l'*affectus non tenendi*.

Cette même doctrine est consacrée par la loi 37, § 1 D., *De usurp. et usuc.*, liv. 41, t. 3 :

« On peut sans violence appréhender la possession d'un « fonds : c'est quand, par suite de la négligence du *domi-* « *nus*, la possession de celui-ci a cessé, ou quand le *domi-* « *nus* est mort sans héritier ou a été longtemps absent. »

A ces textes on peut en joindre deux autres qui, très simples, si on a présentes à l'esprit les notions qui viennent d'être exposées, sont bien difficiles à expliquer autrement :

C'est tout d'abord la loi 13 pr. D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Pomponius, supposant que, par suite d'un naufrage,

« des pierres sont tombées au fond du Tibre et n'en ont été « retirées qu'après un certain temps, se demande si, alors « que les pierres étaient au fond du Tibre, le droit de pro- « priété a été conservé. Mon opinion est que je conserve « la propriété mais non la possession. »

Pourquoi la possession est-elle perdue? Pourquoi le jurisconsulte a-t-il soin de supposer que ce n'est qu'après un certain temps que les pierres ont été tirées de l'eau? On verra, par les explications qui seront données relativement à la perte de la possession résultant de la perte du *corpus* que, dans l'hypothèse proposée, il ne saurait être question de la perte de la possession *corpore* : en effet, pour que cette perte se produise, il faut qu'il y ait impossibilité absolue de recouvrer la chose, de se mettre en contact matériel avec elle : or telle n'est pas l'hypothèse, puisque les pierres ont été retirées de l'eau. La possession a donc été perdue *animo :* la négligence du propriétaire des pierres à en opérer le sauvetage a montré qu'il avait l'*affectus non tenendi*. C'est pour cela que le texte suppose que les pierres n'ont été tirées de l'eau qu'après un certain temps. Si au contraire ce sauvetage avait été opéré de suite, il n'y aurait pas eu perte de la possession, car il n'y aurait pas alors à reprocher au propriétaire cette négligence qui seule prouve qu'à l'*affectus tenendi* a succédé l'*affectus non tenendi*.

Il faut expliquer de même la loi 3, § 10 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 :

« Si l'esclave que je possédais se conduit comme un « homme libre, ainsi que l'a fait Spartacus, et se déclare « prêt à affronter un procès sur la liberté, on ne le consi- « dérera pas comme possédé par le maître dont il se pré- « pare à être l'adversaire. Mais cela n'est vrai qu'autant qu'il « est resté longtemps en liberté : autrement si le prétendu « esclave dont il s'agit, étant en fait dans la condition d'es- « clave, se prétend libre et intente à ce sujet une action en « justice, il restera néanmoins en fait en ma possession, « et je le posséderai jusqu'au jour où il sera déclaré libre. »

Ici encore on ne peut pas parler de perte de la possession *corpore :* car on ne voit pas pourquoi, si telle était la cause de la perte de la possession, elle ne se produirait pas aussi bien quand l'esclave ne fait que commencer à se conduire comme homme libre que quand il agit ainsi depuis longtemps. Au contraire, la solution du texte se justifie fort bien si on reconnaît qu'il y a perte de la possession *animo :* le temps prolongé pendant lequel le *dominus* est resté sans agir fait présumer qu'il a désormais, relativement à l'esclave, l'*affectus non tenendi :* s'il en était autrement, n'aurait-il pas agi de suite ?

SECTION II.

Du corpus en matière de conservation de possession.

39. — Revenons au principe posé par la loi 153 D., *De reg. juris,* liv. 50, t. 17. Nous dirons que, pour que la possession soit perdue, il faut, comme lorsqu'il s'agit de l'*animus,* que le *corpus* soit *in contrarium actum,* que, par conséquent, la situation, soit à ce nouveau point de vue, contraire à celle qui est exigée pour que la possession commence. Quelle interprétation doit-on donner à cette règle? Dans quels cas les Romains ont-ils admis qu'il y avait le *corpus in contrarium actum* dont parle la loi 153 D., liv. 50, t. 17, qui est nécessaire pour amener la perte de la possession?

Nous allons étudier cette question en nous occupant :

1° De la conservation de la possession des meubles autres que les esclaves.

2° De la conservation de la possession des esclaves.

3° De la conservation de la possession des immeubles.

1° *Conservation de la possession des meubles autres que les esclaves.*

40. — La loi 3, § 13 D., *De acq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, donne la règle à suivre :

« Nerva le fils déclare que les choses mobilières, à l'ex-« ception de l'esclave, sont possédées tant que nous les avons « *sub custodiâ nostrâ,* c'est-à-dire tant qu'il y a pour nous, « si nous le voulons, possibilité d'avoir la détention de la « chose. »

Ainsi donc, pour que la possession soit conservée, il suffit d'avoir la chose *sub custodiâ,* qu'entendre par là? Le

texte cité nous renseigne à ce sujet, quand il dit que nous avons les choses *sub custodiâ* tant qu'il y a pour nous, si nous le voulons, possibilité d'en recouvrer la détention. Dans la théorie romaine, s'il est nécessaire pour qu'une personne ait une chose *sub custodiâ* qu'elle puisse, si elle le veut, appréhender cette chose, il n'est nullement demandé qu'elle soit en contact avec elle, qu'elle remplisse les conditions exigées quand il s'agit de l'acquisition de la possession; il suffit qu'elle se maintienne dans une situation telle qu'elle puisse, si elle le désire, appréhender la chose.

Les textes contiennent de nombreuses applications de ces idées.

C'est ainsi que la loi 3, § 13 D., *De acq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, dit dans sa seconde phrase :

« C'est ainsi que nous cessons de suite de posséder un « troupeau dès qu'il s'est égaré, un vase quand il se trouve « dans des conditions telles qu'il ne peut être retrouvé, et « cela alors même que personne n'en aurait acquis la pos- « session. »

Il est, en effet, bien évident que nous ne pouvons plus être considérés comme ayant le troupeau, le vase *sub custodiâ :* comment, en effet, pourrions-nous être encore appelés possesseurs quand il est pour nous physiquement impossible de nous saisir de la chose, d'en retirer les avantages que devait procurer la possession, attendu qu'elle est perdue?

C'est encore ce qui résulte du paragraphe suivant, de la loi 3, § 14 D., *De acq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« C'est ainsi que nous possédons les bêtes sauvages en- « fermées dans des enclos, les poissons contenus dans des « viviers. Mais nous ne possédons pas les poissons qui sont « dans un étang, les bêtes sauvages qui sont dans des fo- « rêts, même entourées de clôtures : en effet, ces animaux « restent dans leur état de liberté naturelle. S'il en était au- « trement, l'acheteur d'une forêt devrait, ce qui est faux,

« être considéré comme possédant toutes les bêtes sauvages « qu'elle contient. »

D'où vient cette différence de solutions? D'où vient que l'on possède les poissons qui sont dans un vivier, les bêtes sauvages qui sont dans un enclos, tandis qu'on ne possède pas les poissons qui sont dans un étang, les bêtes sauvages qui sont dans une forêt même entourée de murs? C'est que, dans le premier cas, les poissons, les bêtes sauvages sont *sub nostrâ custodiâ :* nous pouvons, si nous le voulons, les appréhender. Au contraire, dans le second cas, nous n'avons pas les poissons, les bêtes sauvages *sub nostrâ custodiâ :* il nous est, en effet, impossible de mettre la main sur ces poissons, ces bêtes sauvages; ou du moins, il est très douteux que nous puissions le faire quand nous le voudrons.

A ces textes on peut ajouter la loi 23, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 :

« Relativement à ceux qui sont tombés au pouvoir de « l'ennemi, il y a, au sujet de la conservation des droits, « une règle particulière : ils perdent la possession *corpora-* « *liter :* en effet, on ne peut admettre que ceux qui sont « possédés par d'autres puissent eux-mêmes posséder. Dès « lors, de retour à Rome, ils doivent commencer une nou- « velle possession, alors même que, durant leur captivité, « personne n'aurait possédé la chose. »

Ainsi donc, la captivité empêche la possession de continuer et cela d'une façon définitive, alors même qu'il y aurait lieu par la suite à l'application du *jus postliminii.* La raison est que le captif n'a pu, tant qu'a duré sa captivité, avoir la chose *sub custodiâ.* Comment, en effet, dit ce texte, celui qui est possédé, qui, par conséquent, est à la disposition d'une autre personne, pourrait-il exercer la *custodiâ* sur la chose?

Terminons, sur ce point, par la citation d'un dernier texte, la loi 15 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, dont il suffit d'ailleurs de traduire le début :

« Nous sommes considérés comme perdant la possession

« de la chose qui nous est enlevée clandestinement, comme « nous perdons la possession de la chose qui nous est enle- « vée par violence. »

Dans ces hypothèses encore, si nous perdons la possession, c'est parce que nous ne pouvons plus être réputés avoir la chose *sub nostrâ custodiâ*, parce que nous ne pouvons plus, même si nous le voulons, l'appréhender, attendu qu'un autre s'en est emparé.

Il est donc démontré que la possession d'un meuble continue aussi longtemps que le possesseur a la chose *sub suâ custodiâ*, aussi longtemps qu'il a la faculté d'appréhender la chose, s'il le veut. Mais que doit-on au juste entendre par là? Pour conserver la possession de la chose, faut-il pouvoir l'appréhender au moment même où on le veut? Ou bien, au contraire, suffit-il que l'on ait un moyen certain de recouvrer la chose, sans que d'ailleurs on exige que la possibilité de se remettre en contact matériel avec la chose soit facile et immédiate?

La lecture rapide et isolée de la première phrase contenue dans la loi 3, § 13 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, pourrait faire croire que la possession ne se conserve que quand le possesseur continue à pouvoir appréhender la chose au moment même où il le veut : en effet, la loi citée dit que la chose n'est *sub custodiâ nostrâ que quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus.* En réalité, ce n'est pas le sens de notre texte. En effet, arrivons au dernier membre de phrase de cette loi que je n'ai pas encore traduit.

Après avoir dit que nous cessons de posséder un troupeau dès qu'il s'est égaré, le jurisconsulte ajoute :

« Il en serait autrement si la chose qui est *in meâ custo- « diâ,* ne peut être retrouvée : en effet, la chose est là, et « il n'est besoin que d'une recherche faite avec soin. »

Il s'agit d'un objet que le possesseur a chez lui, mais qu'il a placé dans un endroit dont il ne se souvient pas : le jurisconsulte dit alors, contrairement à ce qu'il admet

dans le cas où il est question d'un objet perdu, que la possession est conservée. En effet, dit le texte, le possesseur a la *custodia* de la chose, il a la chose en son pouvoir, il a la faculté d'appréhender la chose qu'il est certain de retrouver s'il veut faire les recherches nécessaires. Il résulte de là que l'on conserve la possession, alors même qu'on ne pourrait pas, au moment où on le voudrait, appréhender la chose : le possesseur est sûr, sans doute, de pouvoir appréhender la chose, s'il le veut; mais il n'est pas sûr de pouvoir le faire quand il le voudra, car, pour y arriver, il devra peut-être faire de longues recherches. Dès lors, la loi 3, § 13 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, veut simplement dire que la possession est conservée tant qu'on peut, si on le veut, appréhender la chose, mais n'exige nullement que l'appréhension doive pouvoir être immédiatement effectuée.

Au reste, cette solution est encore confirmée par la loi 44 pr. D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Une personne, à la veille de partir en voyage, avait « enfoui de l'argent *custodiæ causâ;* à son retour, elle ne « se souvient plus du lieu où l'argent se trouve : a-t-elle « cessé de posséder? Et si plus tard elle reconnaît l'en- « droit, recommence-t-elle de suite à posséder? Telle est « la question qui se pose. J'ai répondu que comme, dans « l'hypothèse, c'était *custodiæ causâ,* en vue de conserver « la garde de l'argent, que l'argent avait été enfoui, le « possesseur n'avait pas perdu la possession, et que le « défaut de mémoire ne devait pas faire perdre la posses- « sion, alors que personne ne s'était emparé de la chose. »

On est ici encore en présence d'une hypothèse dans laquelle la possession est conservée, parce qu'il y a certitude de pouvoir appréhender la chose, quoique le possesseur ne puisse pas réaliser cette appréhension au moment même où il le désire.

On voit, par conséquent, qu'à ce point de vue la conservation de la possession est plus facile que l'acquisition. Et

de là la solution suivante qui, tout d'abord, paraît contradictoire avec une décision admise en matière d'acquisition de la possession.

On a vu que celui qui fait une construction avec des matériaux appartenant à autrui, et qui, par suite, acquiert la possession de la construction, ne peut, tant que la construction est debout, acquérir la possession des matériaux. Cela rappelé, supposons que le possesseur d'une construction emploie dans cette construction des matériaux dont il était déjà auparavant possesseur; c'est par exemple une personne qui emploie, pour achever ou pour réparer sa maison, des tuiles qu'elle possédait : cette incorporation des tuiles dans la construction en fait-elle perdre la possession?

Voici ce que répond Pomponius qui ne fait d'ailleurs que reproduire la doctrine de Labéon dans la loi 30, § 1 D., *De usurp. et usuc.*, liv. 41, t. 3 :

« Labéon, dans ses livres de Lettres, nous dit que celui « qui n'avait plus besoin que de dix jours pour usucaper « des tuiles ou des colonnes, continuera à les usucaper « après les avoir incorporées dans une construction. Dès « lors qu'admettre pour ce qui ne fait pas corps avec un « immeuble, mais au contraire reste meuble comme la « pierre précieuse enchâssée dans un anneau? Dans ce cas « la vraie solution est que, puisque l'or et la pierre pré- « cieuse restent intégralement dans leur état primitif, ils « continuent à être possédés et à pouvoir être usucapés. »

La solution présentée par le texte relativement à la conservation de la possession est donc contraire à celle qui a été exposée pour l'acquisition. En effet s'agit-il de l'acquisition de la possession? Le possesseur du sol, de la construction qui y est élevée ne peut acquérir la possession des matériaux employés dans la construction, ne peut par conséquent les usucaper; celui qui enchâsse une pierre précieuse, qui ne lui appartient pas, dans un anneau d'or, possède la chose ainsi formée, mais non la pierre précieuse,

s'il ne la possédait pas auparavant. Il en est au contraire tout autrement pour la continuation de la possession : le possesseur antérieur des matériaux continue à les posséder, même après les avoir incorporés dans une construction; celui qui possédait auparavant une pierre précieuse continue à la posséder même après l'avoir enchâssée dans l'anneau : comment expliquer cela? La raison en est que, pour acquérir la possession, il faut en principe être en contact matériel avec la chose : il faut, comme le disent les textes, avoir la chose *penes se* : au contraire, pour conserver la possession, il suffit d'avoir la possibilité de réaliser dans l'avenir ce contact dans des conditions telles qu'on pourra se servir de la chose, mais sans qu'il soit exigé que le possesseur puisse se servir de la chose au moment même où il le voudra. Or, bien certainement celui qui incorpore des tuiles dans une construction ou celui qui enchâsse une pierre précieuse dans une bague ne se trouve pas par rapport à ces tuiles, à cette pierre précieuse dans une situation telle qu'il puisse en faire l'appréhension immédiatement au moment même où il le désirera, car il faudra auparavant qu'il démolisse la toiture, qu'il détache la pierre précieuse de la bague : il ne peut donc commencer à posséder les tuiles, la pierre précieuse. Mais il est dans une situation telle qu'il peut, s'il le veut, parvenir à appréhender les tuiles, la pierre précieuse : il n'a en effet qu'à opérer la démolition du toit, qu'à séparer la pierre précieuse de la bague. Si donc il ne réunit pas les conditions nécessaires pour acquérir la possession, il réunit celles que demande la conservation de la possession. De là les solutions en apparence contradictoires admises par les textes.

2° Conservation de la possession des esclaves.

41. — Il faut tout d'abord poser en principe que la conservation de la possession est soumise aux mêmes règles, qu'il s'agisse de la possession d'un esclave ou de tout autre

meuble. On dira donc que la possession sera conservée tant que l'esclave, comme tout autre meuble, sera *sub custodiâ nostrâ,* tant que nous pourrons, si telle est notre volonté, l'appréhender, sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire que l'appréhension puisse être immédiate. Et c'est ce que montre bien la loi 44 pr. D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, dont j'ai déjà traduit le commencement. Après avoir déclaré que la personne qui, ayant enfoui chez elle de l'argent avant de partir en voyage, ne se souvient plus à son retour de l'endroit où elle l'a caché, n'en continue pas moins à posséder l'argent, malgré ce manque de mémoire, le texte ajoute comme considération pouvant être invoquée à l'appui de cette solution :

« Autrement on devrait dire que sans cesse nous per-« drions la possession de nos esclaves, parce qu'ils cessent « d'être sous nos yeux. »

En effet très souvent nous ne savons pas exactement où sont ces esclaves et, par conséquent, nous ne pourrions pas les appréhender de suite, au moment même où nous le voudrions. Néanmoins nous continuons à les posséder, car ils sont toujours *sub nostrâ custodiâ :* nous sommes assurés, en effet, de pouvoir les appréhender, quoique ne pouvant le faire de suite.

Les principes à appliquer sont donc les mêmes, qu'il s'agisse d'esclaves ou de tout autre meuble; mais ce qu'il faut ajouter (c'est là le point qui mérite les explications spéciales que je dois maintenant développer), c'est que le possesseur conservera la possession de l'esclave par cela seul que cet esclave aura l'*animus revertendi,* l'intention de revenir près de lui et aussi longtemps qu'il conservera cet *animus.* C'est là une règle nouvelle, qui ne peut guère s'appliquer qu'autant qu'il s'agit de la possession de l'esclave; l'esclave est, en effet, le seul meuble doué d'intelligence que nous puissions posséder, le seul, par conséquent, qui soit capable de volonté, qui puisse avoir l'*animus revertendi.* Il est d'ailleurs facile de voir que cette règle nou-

velle n'est qu'une application du principe général posé relativement à la conservation de la possession des meubles. On continue à posséder une chose, avons-nous dit, tant que cette chose est *sub custodiâ nostrâ;* or, d'après la loi 3, § 13 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, on a la *custodia* d'un meuble tant qu'on a la possibilité de l'appréhender si on veut le faire, sans qu'il soit cependant nécessaire de pouvoir le faire au moment même où l'on aura cette intention. Les conditions sont certainement remplies quand l'esclave que nous possédons n'est pas auprès de nous, mais a l'*animus revertendi.* Nous avons alors l'esclave *sub nostrâ custodiâ :* nous sommes, en effet, assurés de pouvoir appréhender dans l'avenir l'esclave, puisqu'il reviendra certainement auprès de nous, attendu qu'il a l'*animus revertendi.* Il n'en sera autrement que le jour où, cet *animus* ayant disparu, il n'y aura plus d'espoir que l'esclave revienne.

Cela compris, on voit que la possession des esclaves se conservera plus facilement que la possession des autres meubles. Le meuble dont il s'agit n'est pas auprès de moi; je n'ai pris aucune mesure qui m'assure que je pourrai, dans l'avenir, appréhender la chose, ou bien les mesures que j'ai prises à cet effet ont disparu : je ne saurais continuer à posséder ce meuble. S'il s'agit, au contraire, d'un esclave, en supposant que la situation soit la même, je continuerai à le posséder : je l'aurai, en effet, *sub meâ custodiâ;* l'*animus revertendi* qui existe chez l'esclave me donne l'assurance que je pourrai l'appréhender dans l'avenir.

Les solutions que je viens d'exposer sont contenues dans la loi 47 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Si vous vous êtes mis en situation de posséder pour vous « et de ne pas rendre le meuble qui a été déposé entre vos « mains ou qui vous a été donné en commodat, il a été « décidé que j'ai de suite, même à mon insu, cessé de pos- « séder. Et la raison en est que le fait de perdre ou de né- « gliger la *custodia* des choses mobilières entraîne (c'est là

« une règle établie par l'usage) la perte de la possession : « Telle est le principe posé par Nerva dans son traité de « l'usucapion. Le même auteur déclare qu'il en est tout « autrement quand on perd la *custodia* de l'esclave qu'on « a donné en commodat : car alors l'ancienne possession « continue jusqu'au moment où un tiers s'est emparé de « l'esclave. La raison en est que l'esclave, ayant l'*animus* « *redeundi,* doit pouvoir conserver à son maître la possession « de lui-même, étant donné que nous pouvons posséder « toutes les choses en empruntant son *corpus*. Ainsi donc « on perd de suite la possession des choses qui n'ont pas « d'intelligence ; on conserve la possession des esclaves tant « qu'ils ont l'*animus redeundi*. »

Papinien paraît dans ce texte motiver, autrement que je ne viens de le faire, cette conservation de la possession de l'esclave par suite de la persistance de l'*animus redeundi :* mais il est facile de montrer qu'en réalité on est en présence de la même raison exposée autrement. Papinien dit que l'esclave conserve la possession de lui-même à son maître attendu qu'il pourrait par son *corpus* lui conserver la possession de toute autre chose. Mais pourquoi en est-il ainsi? Parce que, tant que la chose est aux mains de l'esclave, le maître l'a *sub suâ custodiâ,* parce qu'il est assuré de pouvoir l'appréhender dans l'avenir. Or n'en est-il pas de même quand il s'agit de la possession de l'esclave lui-même? Si l'esclave conserve à son maître la possession de toute autre chose comme de lui-même, n'est-ce pas parce que, tant que dure l'*animus redeundi,* le maître est assuré de pouvoir dans l'avenir, s'il le veut, ressaisir l'esclave?

L'explication présentée est d'ailleurs préférable : en effet, la loi 3, § 15 et 16 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, expose la même solution dans des hypothèses où il serait impossible de parler comme Papinien. Il s'agit d'animaux qui, soit par suite de leur nature, soit par suite d'apprivoisement, reviennent toujours à un endroit déterminé : ces animaux ayant la *consuetudo revertendi* continuent, même

étant éloignés, à être possédés tant que dure cette *consuetudo revertendi.*

« Nous possédons les oiseaux que nous tenons enfermés, « et on considère comme soumis à notre *custodiâ* les oiseaux « apprivoisés[1]. »

« Certains auteurs pensent avec raison que les colombes « qui s'envolent de nos maisons, que les abeilles qui s'éloi- « gnent de nos ruches, mais qui ont coutume d'y revenir, « sont possédées par nous[2]. »

Ainsi les animaux apprivoisés, ceux qui, d'une façon générale, ont la *consuetudo revertendi,* continuent, même pendant leurs absences, à être possédés par nous à raison de cette *consuetudo revertendi,* de la même façon que continuent à être possédés les esclaves même éloignés de nous à raison de leur *animus revertendi.* Or, il est bien évident que, relativement à ces animaux, la solution ne peut être justifiée par le motif donné par Papinien lorsqu'il s'occupe de la continuation de la possession de l'esclave. On ne peut pas posséder une chose par l'entremise d'un animal, et on ne peut dire par conséquent que l'animal conservera lui-même sa possession à son maître, comme il pourrait conserver la possession de toute autre chose. Comment donc expliquer la solution? Paul nous le fait savoir. Dans cette même loi, au § 13, il expose la règle formulée par Nerva : on continue à posséder tant qu'on à la chose *sub custodiâ,* par conséquent tant qu'on a la possibilité d'appréhender la chose. Ensuite, dans les paragraphes suivants, il signale une série d'hypothèses dans lesquelles il y a ou non continuation de la possession par application de la règle posée. C'est donc parce qu'il pense que la *consuetudo revertendi* chez l'animal maintient au profit du possesseur la possibilité d'appréhender cet animal qu'il reconnaît que la possession continue. Or, si tel est l'effet de la *consuetudo revertendi*

[1] L. 3, § 15 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.
[2] L. 3, § 16 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

chez l'animal, l'effet produit par l'*animus redeundi* qu'a l'esclave ne doit pas être différent : c'est donc de la même façon que doivent s'expliquer les solutions admises et pour l'animal qui a la *consuetudo revertendi* et pour l'esclave qui a l'*animus redeundi*[1].

Remarquons en terminant que les textes qui viennent d'être cités fourniraient un argument de plus, si cela était nécessaire, pour établir que l'on peut continuer à posséder une chose, alors même qu'on ne pourrait pas l'appréhender au moment même où on le voudrait. Ce n'est en effet qu'au moment du retour de l'esclave ou de l'animal que l'appréhension sera possible.

42. — Le maître conserve la possession de son esclave tant que celui-ci a l'*animus redeundi :* telle est la solution qui découle des textes cités. Mais supposons maintenant que l'esclave ait perdu cet *animus,* qu'il soit en fuite : que devra-t-on admettre?

La réponse, semble-t-il, n'est pas douteuse : le maître qui ignore peut-être l'endroit où est son esclave, n'est nullement assuré que dans l'avenir il pourra l'appréhender, puisque l'esclave n'a plus l'intention de revenir : il en a donc perdu la possession.

C'est la solution qui a dû tout d'abord être consacrée par le droit romain : elle est professée par les Proculiens comme

[1] Les solutions fournies par la loi 3, § 15 et 16 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, montrent que les explications sont présentées d'une façon quelque peu incomplète quand on les donne, ainsi que je l'ai fait, comme spéciales à la possession des esclaves : en réalité, elles sont vraies pour tous les meubles qui, par suite de leur intelligence, de leur instinct, de leur nature, sont susceptibles d'avoir la volonté ou l'habitude de revenir. Néanmoins, comme ce n'est qu'à propos des esclaves que cette théorie a pratiquement et théoriquement de l'importance, j'ai cru devoir la présenter comme spéciale à la possession des esclaves : c'était d'ailleurs déjà le procédé des jurisconsultes romains (L. 3, § 13 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2).

le montre la loi 1, § 14 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 :

« Nerva le fils déclare que nous ne pouvons pas pos-
« séder par l'intermédiaire d'un esclave en fuite : bien
« qu'on ait déclaré que cet esclave était possédé par nous
« tant qu'un autre ne l'avait pas appréhendé, et par con-
« séquent que l'on peut usucaper grâce à son intermédiaire.
« Mais, pour des raisons d'utilité pratique, il a été reconnu
« que l'usucapion pourrait être complétée tant que personne
« ne se serait emparé de l'esclave. »

Ainsi donc Nerva reconnaissait que le maître ne possède pas son esclave en fuite : en effet, il dit que l'on ne peut rien posséder par l'entremise de cet esclave, ce qui ne peut s'expliquer que par cette considération qu'on ne possède plus l'esclave : on verra plus loin que l'on ne peut acquérir la possession par l'entremise de son esclave qu'autant qu'on le possède; aucune autre raison ne saurait expliquer que l'on ne peut posséder par l'entremise de l'esclave en fuite.

Mais Nerva lui-même n'a pas été sans s'apercevoir des inconvénients que cette théorie faisait naître en pratique : déclarer que l'on ne conserve la possession de l'esclave et, par conséquent, la possession des choses que nous possédons par son intermédiaire qu'autant que l'esclave est près de nous ou qu'autant que, étant éloigné, il a l'*animus redeundi,* c'est en réalité nous mettre au point de vue de la possession à la merci de notre esclave qui nous fera perdre la possession de lui-même et des choses à lui confiées par cela seul qu'il n'aura plus l'*animus redeundi* et se constituera en état de fuite. Aussi, nous dit Nerva, pour des raisons d'utilité pratique, a-t-on admis que, bien que l'esclave soit en fuite, bien que nous ne le possédions pas, nous pourrions néanmoins continuer l'usucapion commencée, acquérir par conséquent, par ce moyen, la propriété de l'esclave et des choses que nous possédons par son entremise. On n'a pas voulu qu'un simple chan-

gement survenu dans les intentions de l'esclave pût faire perdre au maître les avantages résultant de la possession. Pour que ces avantages soient perdus, il faudra que l'esclave tombe en la possession d'un tiers ou que de bonne foi il se croie libre, ces événements ne dépendant pas du pur caprice de l'esclave.

Cette théorie de Nerva est encore adoptée par Pomponius dans un texte qui, au premier abord, paraît bien incompréhensible, la loi 15 D., *De publ. in rem act.*, liv. 6, t. 2.

« Si mon esclave étant en fuite achète une chose *a non do-* « *mino,* l'action publicienne doit m'appartenir, quoique je « n'aie pas acquis par lui la possession de la chose qui lui a « été livrée. »

Naturellement on est de suite amené à se demander comment une personne, qui ne possède pas une chose, peut cependant avoir relativement à cette chose l'action publicienne. Cette décision se comprend fort bien, étant donné les explications précédentes. De même que Nerva, Pomponius admettait qu'on ne possède pas l'esclave en fuite, par conséquent, qu'on ne possède pas la chose qu'il a entre les mains; mais, de même que Nerva, il admettait, par suite de considérations d'utilité pratique, que l'on pouvait néanmoins usucaper l'esclave lui-même et la chose détenue par lui tant qu'un tiers n'avait pas mis la main sur l'esclave; et, par conséqnent, il reconnaissait au maître de l'esclave l'action publicienne comme à toute personne *in causâ usucapiendi.*

La théorie de Nerva et de Pomponius est certainement fort peu satisfaisante au point de vue de la logique. Sous prétexte de donner satisfaction aux considérations d'utilité pratique qui ont été exposées, de respecter le principe qui veut qu'on ne puisse conserver la possession d'une chose qu'autant qu'on est assuré de pouvoir dans l'avenir l'appréhender, on arrivait à ce résultat bien extraordinaire de permettre de continuer à usucaper à une personne qui ne possède plus : l'usucapion, mode d'acquérir la propriété

par une possession continue, s'accomplit ainsi alors qu'il n'y a plus possession.

Ne valait-il pas mieux dès lors, si on regardait comme nécessaire (et avec juste raison, à mon avis) de donner satisfaction aux considérations pratiques énoncées, introduire une exception aux principes admis en matière de conservation de possession, et déclarer que, bien qu'on ne soit pas assuré de pouvoir dans l'avenir appréhender l'esclave en fuite, on devrait cependant être considéré comme le possédant jusqu'au jour où un tiers l'aurait appréhendé?

C'est ce que firent les Sabiniens, comme le montre la fin de la loi 1, § 14 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

Après avoir donné la solution adoptée par Nerva et par les Proculiens, voici comment s'exprime Paul :

« Mais l'opinion de Cassius et de Julien est que nous ac-« quérons la possession par cet esclave en fuite, comme « par ceux que nous avons dans les provinces. »

Ainsi donc Paul qui, comme on l'a vu, avait déjà, au début de la loi, énoncé cette opinion, dit que nous possédons par l'entremise de l'esclave en fuite comme par l'entremise de l'esclave que nous avons dans les provinces : or, dans cette dernière hypothèse, il n'y a aucun doute : nous possédons cet esclave, nous possédons par lui, puisque nous sommes sûrs de pouvoir l'appréhender, si nous le voulons. Il en sera de même pour l'esclave en fuite : rien d'extraordinaire dès lors si nous pouvons usucaper l'esclave en fuite et les choses qu'il détient.

C'est là l'opinion qui a triomphé : cela résulte déjà de la contexture du texte de Paul : cela résulte encore de ce que c'est l'opinion présentée par Hermogénien, le plus récent des jurisconsultes cités au Digeste, sans qu'il y ait trace d'hésitation dans l'exposé qu'il en fait. Prenons en effet la loi 50, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« La possession nous est acquise par l'esclave en fuite, « s'il n'est possédé par personne et ne se croit pas libre. »

Ce texte d'Hermogénien permet (et c'est d'ailleurs par là

que je veux terminer sur ce point) d'expliquer un texte de Modestin, la loi 54, § 4 D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1, et de montrer que, malgré les apparences, ce jurisconsulte adoptait la théorie qui a triomphé et qui, suivant moi, devait être déjà de son temps admise sans aucune contestation.

« Tout ce qu'un homme libre, ou un esclave apparte-« nant à autrui, et que nous possédons de bonne foi comme « notre esclave, n'acquiert pas pour nous, sera acquis par « l'homme libre pour lui-même, par l'esclave d'autrui « pour son maître. Il faut toutefois apporter à cette règle « cette exception qu'il est impossible que l'homme libre « continue à usucaper, celui qui est possédé ne pouvant « lui-même posséder : de même le maître ne pourra à son « insu usucaper *peculiari nomine* par l'intermédiaire de « l'esclave que nous possédons de bonne foi, pas plus qu'il « ne peut le faire par l'intermédiaire de l'esclave fugitif « qu'il ne possède pas. »

Ne semble-t-il pas résulter, de la dernière phrase du texte, que nous ne possédons pas notre esclave quand il est en fuite et que nous ne pouvons, par suite, usucaper par son intermédiaire? Le texte ne dit-il pas, en effet, que, si le *servus fugitivus* a un pécule, nous ne pouvons pas acquérir, par usucapion, la chose acquise à notre insu, *peculiari nomine,* attendu que nous ne possédons pas l'esclave fugitif?

Mais prenons garde que, si nous admettons cette interprétation, nous en arriverons à dire que Modestin soutenait un système qui lui était particulier. En effet, si, d'accord sur ce point avec les Proculiens, il déclare qu'on ne possède pas l'esclave fugitif, il soutient, contrairement à tous les jurisconsultes, qu'on ne peut usucaper par l'intermédiaire de l'esclave fugitif; il ne tient aucun compte des considérations d'utilité pratique qui ont amené tous les jurisconsultes à reconnaître une dérogation aux principes; seul il observe strictement les règles générales.

Est-il à croire que Modestin ait ainsi professé une opinion à lui propre et aussi peu satisfaisante en pratique? Est-il à croire, qu'exposant une opinion défendue par lui seul, il l'ait ainsi indiquée d'une façon aussi nette, sans laisser entendre qu'il puisse y avoir sur ce point un doute si léger qu'il soit? Cela est d'autant plus inadmissible que le texte peut aussi bien comporter une autre solution : Modestin dit simplement que le maître ne pourra, à son insu, usucaper *peculiari nomine*, par l'entremise de l'esclave que je possède de bonne foi, pas plus qu'il ne peut le faire par l'esclave en fuite, lorsqu'il ne le possède pas. Or, Hermogénien, dans la loi 50, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, indique que le maître ne possède plus son esclave fugitif quand cet esclave est possédé par quelqu'un ou quand il se croit libre. C'est dans ces hypothèses seulement qu'il y a *fugitivus servus quem non possidet dominus* : le texte n'autorise pas à dire que, suivant Modestin, jamais le *fugitivus servus* ne soit possédé. Comme on le voit, on est ainsi amené à reconnaître que Modestin adoptait, comme Paul, comme Hermogénien, la solution qui a triomphé.

43. — Les raisons d'intérêt pratique qui ont conduit tout d'abord les Proculiens, et ensuite tous les jurisconsultes romains, à déclarer que l'on continue à posséder l'esclave en fuite, ne devaient-elles pas inspirer une décision semblable dans le cas où l'esclave, se prétendant libre, intentait un *judicium liberale*, une *proclamatio in libertatem?* Si l'esclave ne peut pas, par un acte de sa seule volonté, par la fuite, faire perdre à son maître la possession et les avantages qui en découlent, ne doit-il pas en être de même dans le cas où il y a, de la part de l'esclave, *proclamatio in libertatem*, acte qui dépend tout autant de la volonté de l'esclave?

Mais une règle de droit s'opposait à l'adoption de la même solution : on sait, en effet, que, quelle que fût en

fait la condition de celui dont l'état est ainsi mis en question, il était considéré comme libre pendant l'instance. Par suite, l'esclave, soulevant le *liberale judicium*, devait vivre comme homme libre pendant toute la durée de l'instance : il ne pouvait donc, pendant ce temps, être possédé par son maître. Aussi les Sabiniens eux-mêmes ont-ils dû reconnaître, dans cette hypothèse, que le maître ne possédait pas l'esclave pendant le procès. Mais cependant, sentant bien quels inconvénients l'application rigoureuse de ce principe entraînerait, ils durent, pour empêcher qu'ils ne se produisent, professer la doctrine proculienne et proclamer que le maître, bien que cessant d'être possesseur durant le procès, n'en continuerait pas moins à acquérir par son esclave la possession, à continuer à l'usucaper et à usucaper les choses qu'il détient. C'est ce que dit le Sabinien Gaius dans la loi 25, § 2 D., *De lib. causa*, liv. 40, t. 2.

« Malgré cet adage que, après la *litis contestatio* faite à « propos d'un *judicium liberale*, celui dont l'état est en « question doit être traité comme libre, il est cependant « certain que, s'il est esclave, il acquiert à son maître ce « qui lui est livré, ce qu'il stipule, comme s'il n'y avait « pas procès sur la liberté : nous aurions seulement à voir « ce qu'il en est pour la possession, attendu que, après la « *litis contestatio*, le maître cesse de le posséder. Mais il « vaut mieux dire qu'il acquiert ainsi la possession pour « son maître, quoiqu'il ne soit pas possédé par lui : en « effet, puisqu'on admet que nous pouvons acquérir la pos- « session par l'entremise de l'esclave en fuite, qu'y a-t-il « d'étonnant à ce que nous puissions l'acquérir par l'esclave « dont l'état est en question ? »

Ainsi donc, pendant le *judicium liberale*, le maître ne possède certainement pas son esclave, mais on s'efforce de lui assurer les avantages qui découlent de la conservation de la possession.

On peut maintenant résumer ce qui a été dit à propos

de la conservation de la possession mobilière de la façon suivante, réserve faite de ce qui vient d'être exposé relativement à l'esclave en fuite ou exerçant le *liberale judicium*:

Pour continuer à posséder, il faut avoir conservé la *custodia* de la chose : « *rerum mobilium neglecta atque omissa* « *custodia quamvis eas nemo alius invaserit*, *veteris possessionis damnum afferre consuevit*, » dit la loi 47 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2. Or, on sait que l'on a la chose *sub custodià* tant qu'on a la possibilité de mettre la main sur la chose dans l'avenir[1].

C'est là la règle qui s'applique d'une façon absolue, et cela aussi bien à propos des animaux qui ont la *consuetudo revertendi* et des esclaves qui ont l'*animus redeundi* qu'à propos de tout autre meuble, attendu que cette *consuetudo revertendi*, que cet *animus redeundi* ne font qu'assurer au maître la possibilité d'appréhender à un moment donné l'esclave et l'animal, que maintenir par conséquent l'animal ou l'esclave sous la *custodia* du maître.

3° Conservation de la possession des immeubles.

44. — On doit, relativement à la conservation de la possession des immeubles, répéter ce qui a été dit pour la conservation de la possession des esclaves, à savoir que les principes posés quand il s'agit de meubles trouvent leur application.

Il faut donc déclarer que nous continuons à posséder les immeubles comme nous continuons à posséder les meubles tant qu'ils sont *sub custodiâ nostrâ*, c'est-à-dire tant que nous conservons la chose en notre pouvoir physique, tant que nous avons la possibilité de l'appréhender. Et la loi 23, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, qui a déjà été citée, fait l'application de ces idées quand elle dit, sans faire aucune distinction entre les meubles et les

[1] L. 3, § 13 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

immeubles, que celui qui est captif chez l'ennemi, ne pouvant bien manifestement pendant sa captivité avoir sur quoi que ce soit la *custodia,* perd la possession alors même qu'ensuite il serait en situation d'invoquer le *jus postliminii.*

Pour les immeubles comme pour les meubles, on ne possède donc que les choses que l'on a *sub custodiâ suâ.* Au reste la loi 1, § 47 D., *De vi,* liv. 43, t. 16, confirme cette proposition :

« Que devrions-nous dire dans le cas où, quelqu'un étant « en possession, j'y suis entré sans expulser le possesseur, « mais en le tenant enchaîné et en l'obligeant à travailler? « Quelle est la condition de la chose? Je pense qu'on doit « regarder comme *dejectus* le possesseur qui a été en- « chaîné. »

Il s'agit bien évidemment dans ce texte de la possession d'immeubles : en effet, la question qui y est posée est celle de savoir si le possesseur enchaîné sera considéré comme *dejectus,* s'il y aura lieu en conséquence de lui accorder l'interdit *unde vi :* or, il ne saurait être question de *dejectio,* d'interdit récupératoire *unde vi* que relativement à la possession d'immeubles. Puisque le texte dit que ce possesseur *vinctus* aura l'interdit *unde vi,* puisque l'interdit *unde vi* est un interdit *recuperandæ possessionis,* il en résulte nécessairement que ce possesseur aura perdu la possession. Est-il maintenant difficile de justifier cette solution? Non : sans doute on pourrait être tenté de dire que ce possesseur doit avoir conservé la possession, étant donné, d'une part, qu'il n'a certainement pas abdiqué l'*affectus tenendi,* et, d'autre part, qu'attaché sur le fonds, il est en contact matériel avec lui.

Mais ce serait avoir une notion fausse du *corpus :* en effet, s'il est vrai que le *corpus* consiste dans la possibilité de se mettre en contact avec la chose, ce n'est que parce que le contact matériel avec la chose est nécessaire pour qu'on puisse s'en servir : or, c'est ce que ne peut faire le posses-

seur *vinctus*. Ce possesseur a donc cessé de posséder parce qu'il n'a pas la chose *sub suâ custodiâ*.

45. — Les principes à appliquer sont donc les mêmes qu'il s'agisse de la conservation de la possession d'un meuble ou d'un immeuble; mais en matière immobilière, l'application qui doit en être faite a donné lieu à une difficulté spéciale qui a pour cause la nature même des immeubles.

A raison même de ce que les meubles peuvent facilement se déplacer, étant donné la difficulté qu'aurait ensuite le possesseur à se servir de la chose après le déplacement, ce possesseur prend d'ordinaire certaines mesures de précaution, à l'effet d'empêcher ce déplacement et d'être assuré de pouvoir dans l'avenir réaliser cette appréhension nécessaire pour qu'on puisse se servir de la chose : c'est ainsi qu'il conservera le meuble chez lui, l'enfermera, le confiera à un tiers, l'enfouira même, comme l'ont montré les textes qui ont été cités; il ne laissera pas abandonné à lui-même le meuble dont il veut conserver la possession. Par conséquent, le possesseur d'un meuble aura toujours pris quelques mesures destinées à assurer pour lui-même la possibilité d'appréhender de nouveau la chose.

Pour les immeubles, au contraire, leur assiette fixe faisait qu'une semblable préoccupation ne devait pas exister chez le possesseur : n'était-il pas toujours sûr de retrouver l'immeuble à sa place quand il voudrait se remettre en contact matériel avec lui? Et dès lors se posait relativement à la conservation de la possession des immeubles une question que ne pouvait faire naître la conservation de la possession des meubles.

Doit-on considérer comme continuant à posséder un immeuble le possesseur qui, n'ayant pris aucune mesure en vue de s'assurer la possibilité de se remettre en contact matériel avec la chose, reste un certain temps éloigné de l'immeuble? Ne devrait-on pas dire au contraire qu'il y a *neglecta, omissa custodia,* et que par suite la possession en est perdue?

La question paraît avoir été soulevée principalement pour les *saltus hiberni aut æstivi,* pour les pâturages d'été ou d'hiver, immeubles par rapport auxquels les considérations que je viens d'exposer ont une application particulièrement remarquable. Ce sont en effet des immeubles pour lesquels le possesseur ne prend d'ordinaire aucune précaution en vue de conserver la possession, et dont le possesseur se tient éloigné pendant longtemps, car il n'y retourne pas en dehors de la saison où il y mène paître ses troupeaux. La question a été résolue en ce sens que, par cela seul que nous avons la possibilité de retourner à ces *saltus hiberni aut æstivi,* alors même qu'aucune mesure prise par nous n'établirait que nous exerçons la *custodia* sur l'immeuble, nous continuerons à posséder les *saltus hiberni vel æstivi.* C'est ce que les textes expriment en disant que nous possédons *solo animo,* c'est-à-dire sans que nous ayons fait quoi que ce soit qui ait pour but de sauvegarder le pouvoir que la possession nous donne sur la chose. Je citerai à cet égard la loi 3, § 11 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

« Nous continuons à posséder *animo solo* les *saltus hiberni* « *vel æstivi,* bien que, à certaines époques, nous nous en « éloignions. »

Au reste il n'y a pas là une règle particulière aux *saltus hiberni vel æstivi;* et les jurisconsultes ont bien soin de proclamer que ce qui est dit pour ces *saltus hiberni vel æstivi* est également vrai pour tous les immeubles; que, s'il est surtout parlé des *saltus hiberni aut æstivi,* c'est à titre d'exemple, la question se posant d'une façon particulièrement nette en cette hypothèse.

« Cet adage que nous conservons *solo animo* la possession « des *saltus hiberni vel æstivi,* dit la loi 1, § 25 D., *De vi et* « *vi arm.*, liv. 43, t. 16, a été, d'après Proculus, formulé « ainsi pour donner un exemple : c'est là ce que j'ai enseigné. En effet, il en est de même pour tous les fonds de « terre dont nous nous sommes éloignés, mais sans intention de ne plus les posséder. »

Ainsi donc le possesseur est considéré comme ayant *sub custodiâ suâ* l'immeuble qu'il possède, comme continuant à le posséder par cela seul qu'il y a possibilité pour lui de se remettre en contact matériel avec la chose, alors même qu'il n'a pris aucune mesure qui lui donne l'assurance que cette possibilité subsistera.

Mais alors, et c'est maintenant que nous allons rencontrer une règle spéciale relativement à la conservation de la possession des immeubles, cette possession ainsi conservée est bien précaire. En effet, un tiers, profitant de l'absence du possesseur, peut s'emparer de l'immeuble et lui faire perdre, par conséquent, la possession; du jour de cette appréhension, l'ancien possesseur ne peut plus dire qu'il a l'immeuble *sub custodiâ suâ;* il n'y a plus possibilité pour lui de se remettre en contact avec la chose, puisqu'un tiers l'occupe : il ne doit plus posséder.

Cette solution, conforme aux principes, a tout d'abord été admise. Elle est professée par Labéon, qui vivait au temps d'Auguste, ainsi qu'il résulte de la première phrase de la loi 6, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 :

« Quelqu'un étant allé au marché sans laisser qui que ce « soit dans sa maison, le tiers qui, profitant de cette « absence, a occupé la maison, est considéré comme pos- « sédant *clam :* tel est l'avis de Labéon. »

L'ancien possesseur a donc, par suite de cette invasion d'un tiers, cessé de posséder, puisque ce tiers possède, d'une façon vicieuse, il est vrai, étant donné qu'il possède *clam,* mais possède, et que, comme on le verra plus loin, Labéon reconnaît que deux personnes ne peuvent en même temps posséder pour le tout la même chose, alors même que l'une de ces deux possessions serait vicieuse [1].

Ainsi donc, tout d'abord, on avait purement et simplement appliqué les principes généraux, on avait reconnu que le possesseur d'un immeuble perdait la possession par

[1] L. 3, § 5 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

cela seul qu'un tiers avait profité de l'absence de ce possesseur pour s'installer sur l'immeuble. Tout au plus avait-on apporté un correctif aux conséquences peu équitables qui résultaient de cette théorie, en déclarant que le nouveau possesseur avait une possession vicieuse par rapport au dépossédé, de telle façon que celui-ci pouvait, par l'interdit *de clandestinâ possessione*, recouvrer la possession.

Mais l'existence de l'interdit de *clandestinâ possessione* qui sans doute était efficace à l'effet d'obliger le nouveau possesseur à restituer la chose, qui par conséquent pouvait suffire pour enlever à celui-ci le bénéfice de la possession acquise dans de telles conditions, était insuffisante pour protéger l'ancien possesseur : en effet, par l'interdit de *clandestinâ possesione*, cet ancien possesseur recouvrait la possession; mais cela impliquait qu'il l'avait perdue, et on sait que, notamment au point de vue de l'usucapion, il y a un grand intérêt à ce que la possession continue au lieu d'être ainsi interrompue.

De là une théorie nouvelle à l'effet de protéger plus efficacement le possesseur d'immeubles : on déclara que le seul fait que l'immeuble sera occupé par un tiers ne devait pas suffire pour faire perdre au possesseur sa possession. Le possesseur d'un immeuble ne fut considéré comme ayant perdu la possession, par suite de l'occupation pratiquée par un tiers, que quand, instruit du fait, il n'aura nullement agi pour faire cesser cet état de choses, ou quand, voulant le faire cesser, il aura été repoussé par la force.

Cette doctrine ne triompha pas sans difficulté : ce ne fut qu'au IIIe siècle de notre ère qu'elle fut admise d'une façon incontestée.

Plaçons-nous à l'époque de Trajan : nous voyons alors cette nouvelle théorie prendre naissance.

Voici en effet ce que dit Celsus dans la loi 18, § 3 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Si, pendant que je suis sur une partie du fonds, un

« tiers ayant l'*affectus tenendi* pénètre dans une autre par-
« tie, je ne dois pas être considéré comme ayant de suite
« cessé de posséder, si je suis à même de pouvoir facile-
« ment expulser l'intrus aussitôt que je le saurai. »

Celsus choisit ici bien évidemment les circonstances les plus favorables pour que la nouvelle solution soit adoptée : il suppose un possesseur qui est sur son fonds, qui par conséquent connaîtra l'invasion du tiers aussitôt qu'elle se produira, qui en outre pourra facilement mettre fin à cet état de choses; et ce n'est qu'autant que toutes ces conditions sont réunies qu'il déclare que la possession ne sera pas perdue. Ce qui montre bien que ce n'est qu'autant que l'expulsion du tiers s'opérera facilement et rapidement que le possesseur continuera à posséder, c'est que dans cette même loi, au § 4, le jurisconsulte ajoute :

« Et si une troupe armée pénètre avec violence, elle pos-
« sède mais seulement la partie qu'elle a envahie. »

Ce résultat serait difficilement admissible dans la théorie consacrée au IIIe siècle : on va voir en effet que cet envahissement ne suffit pas, de quelque façon qu'il se produise, pour entraîner à lui seul la perte de la possession pour l'ancien possesseur.

Ainsi donc, dans la doctrine enseignée par Celsus, la possession n'est conservée, malgré l'envahissement du tiers, que lorsque le possesseur doit rapidement et facilement expulser celui qui l'avait pratiqué.

Quant à Pomponius, il adopte sans doute l'opinion qui devait finalement prévaloir, il reconnaît, par conséquent que, malgré l'envahissement du tiers, la possession doit continuer jusqu'au jour où le possesseur, mis au courant, ne fait rien pour expulser l'intrus ou jusqu'au jour où, ayant essayé de reprendre la chose, il est repoussé par la force, mais il ne le fait qu'avec hésitation en indiquant qu'il y avait à ce sujet une vive controverse.

« Puisque nous continuons à posséder *animo solo*, dit
« Pomponius dans la loi 25, § 2 D., *De adq. vel amitt.*

« *poss.,* liv. 41, t. 2, on se demande si nous possédons jus-
« qu'au moment où un tiers fait l'appréhension corporelle
« de l'immeuble, de façon à considérer comme préférable
« cette nouvelle possession où il y a *corpus*. Ou bien au
« contraire (et c'est là l'opinion qui est peut-être la plus
« généralement admise), possédons-nous jusqu'au moment
« où le tiers nous repousse lorsque nous revenons à la
« chose, ou jusqu'au moment où nous cessons de posséder
« *animo,* étant donné que nous craignons d'être repoussé
« par celui qui s'est mis en possession? Et c'est ce qui
« paraît le meilleur en pratique. »

Il faut, comme je l'ai dit, arriver au IIIe siècle de notre ère pour voir la solution, proposée par Pomponius après beaucoup d'hésitation, admise d'une façon unanime par les jurisconsultes. C'est ce que fait Papinien dans la loi 46 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 :

« Quand bien même un tiers ayant l'*affectus tenendi* se
« serait mis en possession des pâturages, le premier posses-
« seur continue à posséder tant qu'il ignore l'occupation
« réalisée par ce tiers. »

C'est également l'opinion présentée, sans laisser entendre qu'il y eût à son époque le moindre doute, par Paul dans la loi 3, § 7 et 8 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

« Quand vous possédez *animo solo,* vous possédez
« encore même quand un tiers est installé sur le fonds.

« Si quelqu'un annonce au propriétaire que sa maison
« est occupée par des voleurs, et si le propriétaire effrayé
« n'ose pas y revenir, on admet qu'il a perdu la posses-
« sion[1]. »

Enfin Ulpien expose la même doctrine dans la loi 6, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

Dans la loi 6, § 1, dont j'ai déjà traduit le début, Ulpien commence par donner l'opinion de Labéon. D'après ce

[1] Voir également la loi 7 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, du même jurisconsulte.

jurisconsulte, je viens de le dire, celui qui s'éloigne de sa maison pour aller au marché et qui, à son retour, la trouve occupée par un tiers, a perdu la possession, le tiers qui occupe la maison étant considéré comme ayant une possession clandestine, comme possédant, quoique ce soit d'une façon vicieuse. Ensuite Ulpien continue en ces termes :

« En conséquence, celui qui est allé au marché conserve « la possession. Mais si le tiers a repoussé à son retour ce « propriétaire de la maison, il est considéré comme posséda« dant *vi* et non pas *clam.* »

Ce texte tout d'abord paraît bien peu compréhensible : en effet, il est dit au début que le tiers qui a profité de l'absence du propriétaire pour pénétrer dans la maison possède, d'après Labéon : par conséquent, si le tiers possède, le propriétaire ne possède plus. Comment donc comprendre qu'Ulpien indique précisément comme conséquence de l'opinion de Labéon que ce propriétaire possède? Ne devrait-il pas donner la solution contraire?

En réalité, ce texte peut s'expliquer de la façon suivante. Au temps de Labéon, on connaissait la possession affectée du vice de clandestinité : il y avait donc alors au profit de l'ancien possesseur, du propriétaire l'interdit de *clandestinà possessione* qui lui permettait de recouvrer la possession. Mais cet interdit a disparu au IIIe siècle, c'est à peine si dans tout le Digeste il est fait une allusion à cet interdit : il a disparu, parce qu'on a décidé que celui qui possédait *clam* devait être considéré comme ne possédant pas du tout, l'ancien possesseur continuant à posséder. Cette notion connue, on explique aisément notre texte : la suite des idées apparaît fort nettement.

Labéon déclarait que celui qui profitait en l'absence du propriétaire pour s'introduire dans la maison de celui-ci possédait *clam* : par conséquent, dit Ulpien, puisque maintenant celui qui possède *clam* est considéré comme ne possédant pas du tout, l'ancien possesseur *retinet possessionem*, conserve la possession. Mais il n'en sera plus de

même, ajoute Ulpien, dans le cas où le tiers repousse par la force le propriétaire : il ne possède plus *clam*, d'après Labéon, mais il possède *vi*. Or, si la possession *clam* a disparu, il n'en est pas de même de la possession *vi*. Le tiers possédant *vi*, il faut bien reconnaître que l'ancien possesseur ne possède plus : en effet, nous verrons plus tard que pour Ulpien il ne saurait y avoir en même temps deux possesseurs *in solidum* de la même chose.

Tous les jurisconsultes vivant au IIIe siècle de notre ère déclarent donc que l'occupation du fonds par un tiers pendant l'absence du possesseur ne suffit pas pour que celui-ci perde la possession, qu'il faut de plus que ce propriétaire, ayant essayé de reprendre la chose, ait été repoussé par la force, ou que, instruit de cette occupation, il n'ait rien fait pour qu'elle cesse[1].

[1] Je viens de faire connaître, en prenant comme point de départ la loi 153 D., *De reg. juris*, liv. 50, t. 17, les conditions nécessaires pour la conservation de la possession; j'ai montré comment on devait comprendre les mots « *in contrarium actum*, » employés par Paul; j'ai indiqué dans quels cas on devait considérer qu'il s'était produit, soit à propos de l'*animus*, soit à propos du *corpus*, quelque chose de contraire à ce qui doit exister pour qu'il y ait acquisition de la possession. Une dernière explication est nécessaire. Faut-il que le *factum in contrarium actum* nécessaire pour entraîner la perte de la possession se soit produit et relativement au *corpus* et relativement à l'*animus?* Ou suffit-il qu'il ait lieu soit par rapport au *corpus*, soit par rapport à l'*animus?*

La réponse à la question n'est nullement douteuse, étant donné tous les textes qui ont été cités : il est bien certain que, par cela seul que soit l'*animus*, soit le *corpus* est perdu, la possession l'est aussi, et qu'il n'est pas besoin qu'il y ait, tout à la fois, perte de l'*animus* et du *corpus*. S'il était utile de fournir une preuve à ce sujet, je rappellerais que c'est par exception, pour des motifs d'utilité pratique, que les Romains ont décidé qu'on pouvait conserver la possession *animo solo*, après qu'un tiers a pénétré dans l'immeuble; c'est donc, qu'en principe, il ne suffit pas de conserver l'*animus tenendi* pour conserver la possession, c'est donc que, en règle générale, on perd la possession d'une chose par cela seul qu'on n'en a plus le *corpus*. Au reste, on a vu comment il fallait entendre cette expression que la possession des immeubles se

46. — J'ai à peine besoin d'ajouter que si, en matière d'acquisition de la possession, on exige, en dehors du *corpus* et de l'*animus* chez celui qui doit acquérir la possession, qu'il n'y ait aucune règle de droit qui s'oppose à ce que la propriété puisse être acquise, il en sera de même, quand il s'agit de la conservation de la possession, de telle sorte que la possession sera perdue, alors même que ni le *corpus*, ni l'*animus* n'auraient été *in contrarium acta*, si

conserve *solo animo*, on a vu que celui-là même qui conservait l'*affectus tenendi* pouvait cesser de posséder parce qu'il était expulsé, repoussé par la violence. Ainsi donc, c'est une règle certaine, on ne conserve la possession qu'autant qu'on a tout à la fois le *corpus* et l'*animus* : on perd la possession par cela seul qu'on perd soit le *corpus*, soit l'*animus*. Mais alors, comment expliquer l'emploi du mot *utrumque* dans la loi 153 D., *De reg. juris*, liv. 50, t. 17? Comment comprendre que Paul dise que « puisqu'on ne peut acquérir la possession qu'autant qu'on a le « *corpus* et l'*animus*, on ne saurait la perdre que si *utrumque in con-* « *trarium actum est?* » Paul ne nous indique-t-il pas ainsi qu'il faut la perte et du *corpus* et de l'*animus?*

Très certainement, Paul, dans la loi citée, se mettrait en contradiction avec la doctrine de tout le droit romain si le mot *uterque* n'avait en latin que le sens de *l'un et l'autre;* mais il n'en est pas ainsi. C'est bien là sans doute son sens habituel, mais quelquefois aussi, il signifie *l'un ou l'autre :* en admettant que, dans notre texte, le mot *uterque* a ce sens, on fait aisément disparaître toute difficulté.

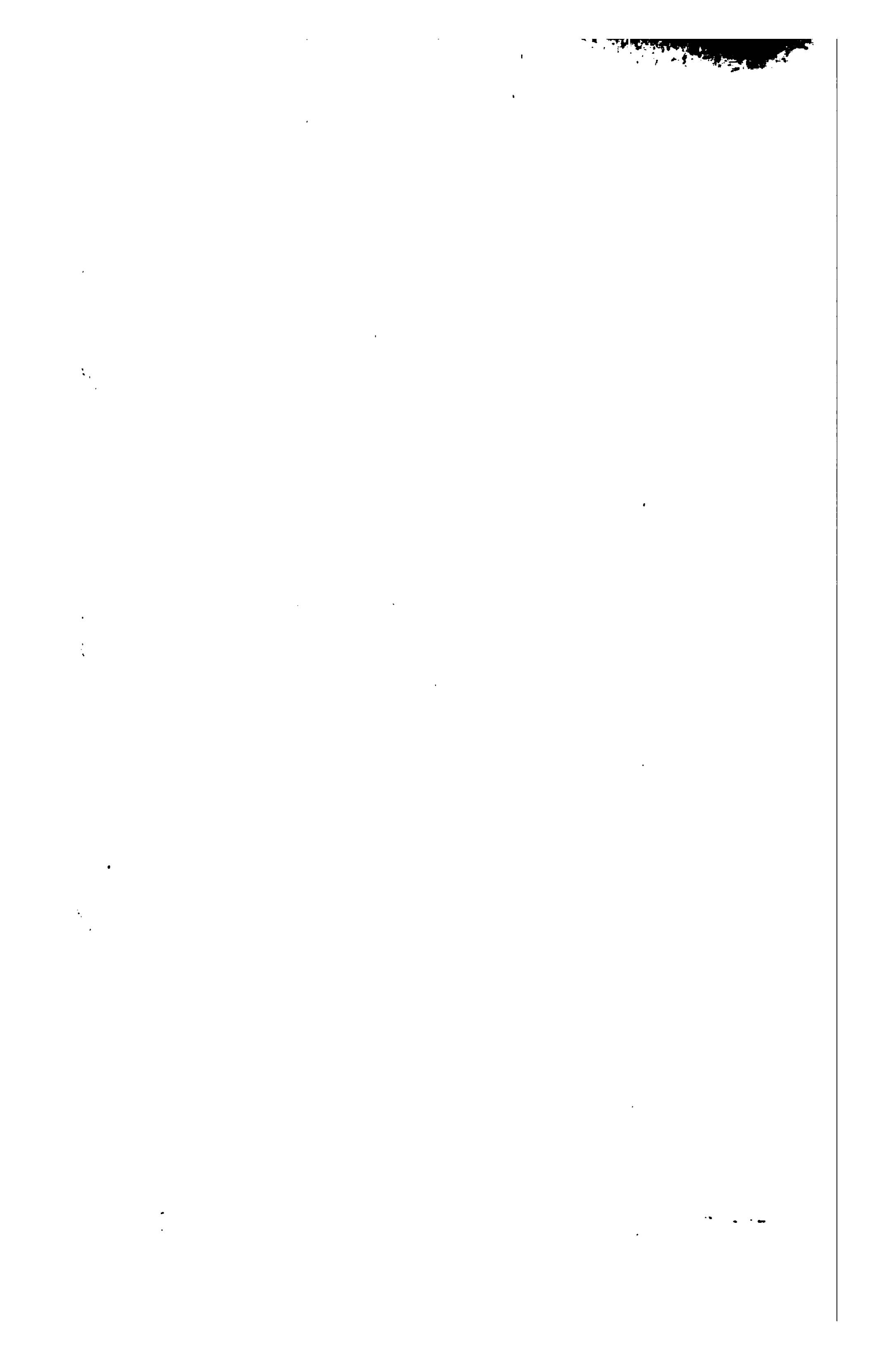
Au reste, il est facile de citer des textes dans lesquels le mot *uterque* doit être ainsi traduit : je n'en citerai qu'un que je préfère aux autres parce qu'il est du jurisconsulte Paul et prouve, par conséquent, que ce jurisconsulte employait le mot *uterque* dans cette acception. La loi 10, § 13 D., *De grad.*, liv. 38, t. 10, contient la phrase suivante : « Frater « quoque per *utrumque* parentem accipitur, id est, aut per matrem tan- « tum, aut per patrem, aut *per utrumque*, id est, ex utroque parente « eodem. » On peut avoir des frères issus « *de l'un ou de l'autre* de nos « parents, c'est-à-dire ou de notre mère seulement, ou de notre père seu- « lement, ou bien issus *de l'un et de l'autre*, c'est-à-dire de notre père et « de notre mère. »

Dans cette phrase le mot *uterque* est pris dans les deux sens indiqués : on est par conséquent fondé à dire que Paul, employant le mot *uterque* dans le sens de l'un ou l'autre, ne s'est pas écarté dans la loi 153 D., *De reg. juris*, liv. 50, t. 17, des principes consacrés par tous les textes.

le possesseur se trouve désormais dans l'impossibilité légale d'être propriétaire. Les raisons qui expliquent qu'une personne ne peut acquérir la possession quand la loi lui défend d'être propriétaire, s'opposent à ce qu'on puisse conserver la possession d'une chose à dater du jour où la loi défend qu'on puisse en être propriétaire[1].

---

[1] Voir la 3e partie de l'ouvrage.



PARTIE II.

DE L'ACQUISITION ET DE LA CONSERVATION DE LA POSSESSION PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UN TIERS.

DE LA DÉTENTION.

47. — Il arrivait très fréquemment à Rome, comme cela se produit d'ailleurs aujourd'hui encore, qu'une personne, ne voulant ou ne pouvant pas posséder par elle-même, eût recours à l'intermédiaire d'autrui pour acquérir, pour conserver la possession et s'assurer ainsi les avantages que cette possession procure. A quelles conditions pourra-t-on ainsi acquérir, conserver la possession? Telle est la question qui doit maintenant être étudiée ; mais auparavant il sera nécessaire de justifier la possibilité de cette acquisition, de cette conservation de la possession par le ministère d'autrui : n'y a-t-il pas dans cette acquisition, dans cette conservation de la possession par le ministère d'autrui une solution contraire au principe fondamental consacré par le droit romain d'après lequel les effets des actes juridiques se produisent au profit et à l'encontre de ceux-là mêmes qui y ont figuré?

Cette partie se subdivisera donc en deux chapitres.

Dans un premier chapitre, nous verrons comment se concilie la théorie de l'acquisition et de la conservation de la possession par l'intermédiaire d'autrui avec le principe de la non-représentation consacré par le droit romain.

Dans un second chapitre, nous examinerons quelles sont les conditions exigées pour qu'il y ait acquisition et conservation de la possession par l'intermédiaire d'autrui.

CHAPITRE I.

CONCILIATION DE LA THÉORIE DE L'ACQUISITION ET DE LA CONSERVATION DE LA POSSESSION PAR L'INTERMÉDIAIRE D'AUTRUI AVEC LE PRINCIPE DE LA NON-REPRÉSENTATION.

48. — Je viens d'indiquer brièvement comme quoi l'existence du principe de la non-représentation en droit romain semblait devoir s'opposer à ce qu'une personne puisse s'assurer à elle-même les avantages de la possession, se les conserver, en ayant recours à l'intermédiaire d'un détenteur : revenons sur ce point. La législation romaine décidait que les actes juridiques ne pouvaient produire leurs effets qu'en la personne de ceux qui y avaient été parties, qui y avaient eux-mêmes figuré. C'est ainsi que, quand un contrat était passé, c'étaient les personnes qui y avaient parlé qui devenaient respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, sans que l'on eût en quoi que ce soit à s'inquiéter du point de savoir si les parties au contrat avaient ou non agi en vertu d'un mandat. Dès lors ce même principe qui n'est pas spécial à la matière des contrats, qui au contraire à une portée absolument générale, ne devait-il pas trouver également son application dans la matière de la possession? Ne devait-il pas conduire à dire que c'était seulement celui qui avait la chose entre les mains qui pouvait être possesseur; que toute personne, ayant le *corpus* de la chose et l'intention de la détenir, devait être considérée comme possesseur, sans que l'on

s'occupe en aucune façon de la raison pour laquelle il a la chose entre les mains?

En réalité, c'est exagérer beaucoup l'importance du principe de la non-représentation que de dire que l'application du principe devait nécessairement conduire les Romains à ne pas admettre que l'on pût acquérir, conserver la possession par l'intermédiaire d'un détenteur. Malgré l'existence certaine de ce principe, les textes montrent que les Romains ont reconnu à toute époque que certains actes émanant d'une personne pouvaient produire effet au profit ou à l'encontre d'autres personnes. Il faut, par conséquent, indiquer nettement la portée du principe de la non-représentation pour montrer que la notion de la détention pour autrui devait avoir toujours été connue en droit romain.

49. — Et tout d'abord remarquons que le principe de la non-représentation reste forcément étranger aux actes passés par les personnes en puissance et qui ont pour objet soit de faire acquérir un droit à celui qui les accomplit, soit de le lui conserver. L'esclave, parce qu'il est une chose, le fils de famille, parce que toute la fortune de la famille doit être concentrée entre les mains du *paterfamilias*, ne pouvaient acquérir pour eux-mêmes aucun droit[1], mais ils pouvaient au contraire faire acquérir et conserver des droits au *paterfamilias* dont ils étaient considérés comme les instruments, le *paterfamilias* étant réputé parler par la voix de l'esclave, du fils de famille, agir lui-même en se servant d'eux. C'est ce que dit Gaius, C. II, § 87 :

« Ce que les enfants que nous avons en notre puissance, « ce que nos esclaves acquièrent par mancipation ou par « tradition, ce qu'ils stipulent, ce qu'ils acquièrent de « quelque façon que ce soit, nous est acquis : en effet, celui

[1] Je laisse de côté la théorie des pécules castrans, quasi-castrense, adventice qui n'était pas encore connue à l'époque ancienne où se sont dégagés les principes fondamentaux qui régissent la possession et la détention.

« que nous avons en notre puissance ne peut rien avoir qui « lui appartienne. »

Ne résulte-t-il pas bien clairement de ces explications que jamais le principe de la non-représentation n'a pu empêcher que le maître acquière la possession, la conserve par l'intermédiaire de son esclave, que le *paterfamilias* obtienne par le ministère de l'enfant qu'il a en sa puissance les avantages qui appartiennent au possesseur? Etranger aux acquisitions de droits réalisées par les personnes en puissance, ce principe doit être sans application quand il s'agit de l'acquisition ou de la conservation de la possession réalisées par elles.

50. — Ce principe de la non-représentation qui, on vient de le voir, ne régit nullement les actes d'acquisition et de conservation de droits réalisés par les personnes en puissance, doit être également laissé de côté quand il est question d'actes de conservation et d'exercice de droits accomplis par des individus *sui juris* au profit d'autres personnes. Si ce principe s'oppose à ce que nous puissions par l'intermédiaire d'une personne libre acquérir un droit, il ne s'oppose nullement à ce qu'on puisse ainsi le conserver et l'exercer.

C'est ce qui est établi par de nombreux textes : ainsi, en matière de droits de créance, on reconnaît que le mandataire du créancier, une *persona extranea,* peut en recevoir le paiement dans des conditions telles qu'il y a réellement paiement, que ce paiement est pleinement libératoire pour le débiteur à l'égard de son créancier[1]. De même les textes déclarent que le mandataire du créancier pourra consentir au débiteur une novation qui le libérera vis-à-vis de ce créancier[2]. Ce mandataire qui peut ainsi exercer les prérogatives du droit de créance appartenant à son mandant,

[1] L. 49 D., *De sol.*, liv. 46, t. 3.
[2] L. 13, § 10 D., *De accept.*, liv. 46, t. 4.

puisqu'il peut en recevoir le paiement, en faire novation, pourra également faire au profit du mandant tous les actes utiles pour en assurer la conservation, et c'est par application de cette idée que la loi 24, § 2 D., *De usuris,* liv. 22, t. 1, dit que le mandataire du créancier pourra valablement faire au débiteur une *interpellatio* qui profitera par conséquent à ce créancier. Au reste, cette même loi fait une autre application des mêmes principes : un tiers agissant dans l'intérêt de la victime d'un *furtum* appréhende le voleur *flagrante delicto :* il conserve ainsi à la victime du *furtum* l'*actio furti manifesti* et les avantages qui en découlent. De même encore, Ulpien déclare que, quand un mandataire ou même un tiers défend à une personne de faire un travail quelconque, un empiètement sur le fonds d'un propriétaire, il conserve à ce propriétaire le droit de faire disparaître le résultat de ce travail, de cet empiètement par l'interdit *quod vi aut clam* [1].

Ces exemples qui ne sont nullement limitatifs établissent donc qu'un mandataire peut exercer le droit du mandant, peut faire tout ce qui est nécessaire à l'effet d'en assurer la conservation sans que le principe de la non-représentation s'y oppose. Et j'ajoute qu'on ne saurait objecter contre cette solution qu'il est certains actes, comme l'*acceptilatio* par exemple, qui bien certainement rentrent au même titre que le paiement et la novation dans l'exercice du droit et qui cependant ne peuvent être accomplis par mandataire.

En effet, il est facile de répondre que les décisions particulières admises relativement à ces actes tiennent à ce que les solennités exigées pour que ces actes produisent effet supposent nécessairement la présence des parties elles-mêmes : ce n'est donc pas au principe de la non-représentation qu'il faut, en droit romain, rattacher ces solutions : elles sont la conséquence du formalisme régissant ces actes.

Ainsi donc le principe de la non-représentation, qui em-

[1] L. 3 pr. D., *Quod vi aut clam*, liv. 43, t. 24.

pêche qu'on puisse acquérir un droit par l'intermédiaire d'un tiers, ne s'oppose nullement à ce que l'on puisse ainsi exercer, conserver un droit. Est-il d'ailleurs impossible de justifier cette distinction faite par le droit romain entre l'acquisition d'un droit et la conservation ou l'exercice de ce droit? Est-il impossible de comprendre que les Romains aient admis que l'on peut exercer et conserver un droit par l'intermédiaire d'une personne *sui juris,* qu'ils aient au contraire déclaré que l'acquisition du droit serait par ce moyen impossible?

Et tout d'abord il était naturel que les Romains, qui pouvaient se servir des personnes en puissance pour exercer, pour conserver leurs droits, fussent amenés à reconnaître que l'on pourrait recevoir des services analogues de personnes *sui juris*. Pourquoi une personne *sui juris* ne pourrait-elle pas, par sa volonté, se constituer l'instrument d'une autre personne à l'effet de conserver un droit comme la loi constitue les personnes en puissance, instruments du *paterfamilias?* Puisqu'il est reconnu qu'une personne libre peut mettre ses services, son travail, son activité à la disposition d'autrui, pourquoi le service qu'elle devrait rendre ne consisterait-il pas à conserver le droit d'autrui, à l'exercer au nom d'autrui? Pourquoi, revenant à la possession dont nous nous occupons plus spécialement, cette personne libre ne pourrait-elle pas conserver, exercer la possession d'autrui? Pourquoi ne pourrait-elle pas détenir au nom d'autrui? Il serait bien difficile d'en donner un motif. Aussi Paul paraît-il exprimer l'idée qui vient d'être présentée dans la loi 24, § 2 D., *De usuris,* liv. 22, t. 1.

« La *mora* est considérée comme acquise au créancier, « que ce soit lui-même ou un mandataire, ou un tiers agis- « sant dans son intérêt, qui constitue le débiteur *in morâ;* « et, dans ces dernières hypothèses, on ne doit pas dire « que le créancier acquiert par l'intermédiaire d'une per- « sonne libre, mais qu'il y a seulement un bon office accom- « pli, etc. »

Paul, employant l'expression *officium impleri* pour caractériser l'acte accompli par le mandataire qui fait l'*interpellatio*, n'évoque-t-il pas justement la pensée d'une personne *sui juris*, ayant mis ses soins au service d'autrui pour lui conserver son droit de créance, et accomplissant le devoir qui en résulte pour elle? Ne peut-on pas dire que le mandataire s'est constitué ainsi l'instrument de son mandant comme l'aurait été l'esclave, d'une façon plus générale la personne en puissance?

Mais alors, pourrait-on dire, cette explication, si on l'accepte, prouve trop. La personne en puissance est un instrument d'acquisition, et non pas seulement un instrument d'exercice ou de conservation des droits. Si, comme on vient de le voir, la personne libre peut, par sa volonté, mettre ses services à la disposition d'autrui, comme le droit lui-même met les services d'une personne en puissance à la disposition du *paterfamilias*, pourquoi ne pourrait-elle pas, non seulement conserver, mais encore acquérir un droit pour autrui, comme le ferait, pour le *paterfamilias*, la personne en puissance? Pourquoi ne pourrait-elle pas aussi bien acquérir que conserver la possession?

Je crois que l'on peut répondre à cette objection de la façon suivante :

Il y a, entre la conservation et l'exercice d'un droit, d'une part, et l'acquisition de ce même droit, d'autre part, cette différence que tout ce qui est fait en vue de l'exercice et de la conservation d'un droit, ne pourra jamais profiter qu'au titulaire de ce droit : qu'importe, en effet, à une autre personne qu'au créancier ou au propriétaire lui-même, qu'un droit de créance ou de propriété soit exercé? L'acte accompli par un tiers en vue d'exercer ou de conserver le droit ne pouvait donc être utile qu'au titulaire du droit, et l'on était, par suite, amené à reconnaître que le mandant devait profiter de l'acte accompli par le mandataire, quand il s'agissait de l'exercice ou de la conservation du droit.

Mais les choses se présentaient tout autrement quand il s'agissait de l'acquisition d'un droit. Tandis, en effet, que, quand il était question des personnes en puissance, il n'y avait aucun motif de faire des distinctions, suivant qu'il s'agissait de conservation ou d'acquisition de droits, attendu que la personne en puissance, n'en pouvant acquérir pour elle-même, il fallait bien, en toute hypothèse, que l'acte profitât au *paterfamilias*, il en était différemment quand un droit était acquis par une personne *sui juris* jouant le rôle de mandataire. On ne pouvait plus dire, comme lorsqu'il s'agissait de conservation ou d'exercice du droit, que l'acte ne pouvait profiter qu'au mandant : le droit nouveau ainsi acquis pouvait l'être aussi bien à celui qui parle au contrat qu'à celui dans l'intérêt duquel il contracte. Dès lors, dans une législation peu développée, comme l'était la législation romaine à ses débuts, on devait s'en tenir à cette idée que les actes juridiques doivent produire leurs effets dans la personne de ceux qui y ont parlé : c'était en effet la règle la plus simple. Et on n'a dû s'en écarter, en s'inspirant des décisions admises pour les actes passés par les personnes en puissance, que quand l'acte accompli, ayant pour objet la conservation, l'exercice du droit, ne pouvait, par la force même des choses, produire son effet qu'au profit du titulaire du droit.

Si l'on admet que le principe de la non-représentation s'oppose à ce que nous puissions acquérir un droit par l'intermédiaire d'une personne *sui juris*, mais ne s'oppose nullement à ce que nous puissions, par l'intermédiaire d'une personne *alieni juris*, le conserver ou l'exercer, on conclura, en ce qui concerne la possession, que ce principe a dû empêcher qu'on puisse acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne libre, mais n'a jamais dû empêcher qu'on puisse l'exercer, la conserver par cet intermédiaire. Et c'est ce que confirment les textes. En effet, d'une part, en ce qui concerne l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'une personne libre, *per*

extraneam personam, les textes montrent, en faisant connaître les difficultés qui ont été soulevées à ce sujet, en indiquant que ce n'est qu'au IIIe siècle de notre ère, comme on le verra plus amplement par la suite, qu'on a définitivement admis qu'on pouvait acquérir la possession *per extraneam personam*, les textes montrent, dis-je, que c'était la doctrine contraire qui avait dû être primitivement consacrée. Au contraire, en ce qui concerne la conservation, l'exercice de la possession par l'intermédiaire d'une personne *sui juris*, les textes en reconnaissent très nettement la possibilité, sans laisser entendre qu'il ait pu y avoir à ce sujet une hésitation. C'est ainsi que toujours le fermier, le commodataire, etc..., qui reçoivent la chose du possesseur et doivent la garder, ont toujours été considérés comme de simples détenteurs.

D'ailleurs deux textes de Gaius montrent que les principes du droit n'étaient pas les mêmes lorsqu'il s'agissait de l'acquisition ou de la continuation de la possession : ils établissent que, tandis que pour ce jurisconsulte il était douteux que l'on pût acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne libre, il était certain au contraire qu'on pouvait par ce moyen conserver la possession.

Ces deux textes sont d'une part le § 153, C. IV, Gaius, d'autre part le § 95, C. II.

« Nous sommes considérés comme possédant, dit le § « 153, C. IV, non seulement quand nous possédons nous- « mêmes, mais encore quand une personne possède en « notre nom, alors même qu'elle ne serait pas soumise à « notre puissance, comme un fermier, par exemple. Nous « sommes aussi considérés comme possédant par l'intermé- « diaire de ceux qui ont reçu la chose en commodat, en « dépôt, ou de ceux à qui nous avons concédé un droit « d'habitation. C'est ce qu'on exprime par cet adage que « nous pouvons conserver la possession par l'intermédiaire « de toute personne qui détient en notre nom. »

Ainsi Gaius déclare nettement qu'on continue à posséder

par l'intermédiaire d'une personne libre, et il ajoute même que c'est là un adage, ce qui montre bien que nous ne sommes pas en présence d'une règle nouvelle à son époque.

Il s'exprime au contraire tout différemment dans le § 95, C. II, quand il parle de l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'une personne libre.

« De tout cela il résulte que, ni par les personnes libres « qui ne sont pas sous notre puissance et que nous ne pos- « sédons pas de bonne foi comme esclaves, ni par les es- « claves appartenant à autrui sur lesquels nous n'avons « ni droit d'usufruit, ni *justa possessio*, nous ne pouvons « acquérir pour quelque cause que ce soit. Et c'est ce « qu'exprime l'adage : On ne peut rien acquérir *per extra-* « *neam personam*. C'est seulement à propos de la possession « qu'on se demande si on peut l'acquérir *per extraneam* « *personam*. »

Ainsi donc j'ai établi :

1° Qu'à toute époque on a pu exercer et conserver la possession soit par l'intermédiaire d'une personne en puissance, soit par l'intermédiaire d'une personne libre *sui juris*.

2° Qu'à toute époque également on a pu acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne en puissance. On a vu en effet que le principe de la non-représentation ne s'y opposait pas.

51. — Il en était différemment en ce qui concerne l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'une personne libre : le dernier passage de Gaius que j'ai cité montre en effet que le principe de la non-représentation devait s'opposer à ce qu'on pût acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne libre, et que, au temps de ce jurisconsulte, c'était une question controversée que celle de savoir si on devait, en reconnaissant une dérogation à ce principe, déclarer que la possession pourrait être ainsi acquise.

Plaçons-nous sous le règne de Trajan, c'est-à-dire à une

époque un peu antérieure à celle de Gaius : on voit la controverse exister entre les jurisconsultes qui vivaient alors.

D'autre part, Javolénus, s'en tenant aux principes stricts du droit, n'admet pas qu'on puisse acquérir la possession par l'intermédiaire d'une *persona extranea :*

« Je me demande, dit-il dans la loi 23, § 2 D., *De adq.* « *vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, si, enchaînant un homme « libre et le détenant par suite, je posséderai par son en- « tremise tout ce qu'il possédait. Réponse. Si vous enchaî- « nez un homme libre, vous ne le possédez pas, à mon « avis; et, s'il en est ainsi, vous ne posséderez pas, à bien « plus forte raison, les choses qu'il possédait : et en effet « il n'est pas conforme à la nature des choses que nous « puissions posséder par l'intermédiaire d'une personne « que nous ne possédons pas. »

Sans doute, quand Javolénus nous dit que l'on ne peut acquérir la possession par l'intermédiaire de la personne libre que nous enchaînons, il nous donne une solution que tout jurisconsulte romain aurait professée. Aussi n'est-ce pas sur la solution donnée qu'il faut s'appuyer pour démontrer que Javolénus soutenait qu'on ne peut acquérir la possession *per personam extraneam :* en réalité, la vérité de cette proposition résulte des motifs donnés par Javolénus. Un jurisconsulte qui aurait admis qu'on peut acquérir la possession *per personam extraneam* aurait motivé la solution présentée en disant que, pour acquérir *per personam extraneam,* il faut, ainsi qu'on le verra plus tard plus amplement, que cette *persona extranea* ait l'*animus tenendi* pour celui qui veut ainsi acquérir la possession par son intermédiaire, *animus tenendi* qui manquera certainement à l'homme enchaîné. Au contraire, Javolénus déclare que, s'il en est ainsi, c'est parce que l'on ne peut acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne qu'on ne possède pas : n'est-ce pas dire qu'on ne peut jamais acquérir la possession *per personam extraneam,* attendu que jamais on ne peut posséder une telle personne?

On pourrait cependant être tenté de soutenir que telle n'était pas la doctrine de Javolénus, en se fondant sur la loi 51 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, qui est également de ce jurisconsulte :

« Labéon dit qu'on peut acquérir *animo* la possession « de certaines choses : par exemple, j'acquiers un tas de « bois; mon vendeur me dit de l'enlever : on le considère « comme livré du jour où j'en ai la *custodia.* De même, « au cas de vente de vin, lorsque toutes les amphores sont « sous mes yeux. Mais, dit-il, demandons-nous s'il n'y a « pas réellement tradition de la chose, étant donné que « peu importe que la *custodia* soit remise à moi ou à la « personne à laquelle je veux qu'elle soit remise. A mon « avis, la difficulté consiste à décider si on doit considérer « comme livré le tas de bois, le vin, quoiqu'il n'y ait pas « eu appréhension matérielle. Je ne vois pas qu'il y ait « intérêt à distinguer si j'ai moi-même la *custodia* ou si un « tiers l'a en mon nom : dans les deux cas la possession « sera considérée comme acquise en quelque sorte *animo.* »

Il semble en effet bien résulter de ce texte qu'on peut acquérir la possession *per extraneam personam,* d'après Labéon et Javolénus lui-même, puisque ces deux jurisconsultes disent que la possession m'est acquise par cela seul que le tiers à qui j'ai donné mandat à ce sujet en a reçu la *custodia* [1].

Mais cette interprétation est inacceptable : en effet elle mettrait Javolénus en contradiction avec lui-même. Voici en réalité quelle est l'explication qui doit être donnée du texte : dans la première partie Labéon et Javolénus, s'occupant de l'acquisition de la possession, s'attachent à dire que l'appréhension matérielle de la chose n'est pas absolument nécessaire pour que la possession soit acquise; appliquant le principe qu'expose Paul dans la loi 1, § 21 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, d'après

[1] Savigny, *Tr. de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 297.

Javolénus Priscus lui-même, ces jurisconsultes admettent qu'il n'est pas nécessaire d'appréhender la chose *corpore et tactu,* qu'il suffit de le faire *oculis et affectu,* et ils en concluent que, sans qu'il y ait appréhension corporelle, on acquiert la possession de la chose, du bois, du vin, dans l'espèce, *oculis et affectu,* possession qui est conservée par cela même que ces choses sont *sub nostrâ custodiâ.* Compliquant ensuite quelque peu l'hypothèse, ils se demandent ce qui se produira quand, en notre présence, sans qu'il y ait appréhension matérielle, réalisée par nous, la *custodia* de la chose est remise à celui à qui nous avons donné mandat de la recevoir et alors le texte dit que cela importe peu et que nous n'en sommes pas moins possesseurs. Mais, de ce que le texte déclare que nous sommes ainsi devenus possesseurs, doit-on en conclure que, d'après Labéon et Javolénus, nous avons acquis la possession par l'intermédiaire de notre mandataire?

Non : en réalité, d'après ces jurisconsultes, nous n'acquérons pas la possession par l'entremise de notre mandataire, nous ne faisons que la conserver par son intermédiaire. Et en effet revenons-en à la loi 1, § 21 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 qui, comme je le disais, reproduit en cette matière la doctrine de Javolénus Priscus.

« Quand j'ordonne à mon vendeur de livrer à mon man-« dataire la chose par moi achetée, Priscus déclare que la « chose doit être considérée comme m'étant livrée à moi-« même. » Par conséquent, reprenant l'hypothèse de la loi 51 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, quand, ayant acheté du bois, du vin, je donne ordre à mon vendeur d'en remettre la *custodia* à mon mandataire, étant moi-même *in præsentia rei,* et quand le vendeur exécute l'ordre donné, le bois, le vin sont considérés comme m'étant livrés; j'en acquiers donc la possession. Puis, je suis réputé remettre à mon mandataire la chose, pour qu'il en conserve pour moi la possession. Ainsi donc j'acquiers la chose par moi-même *oculis et affectu;* je la conserve par l'intermédiaire de mon

mandataire, telle est la solution admise par Labéon et Javolénus, solution qui est en parfaite harmonie avec le principe admis par Javolénus suivant lequel on ne peut acquérir la possession *per extraneam personam*. Au reste tous les termes employés par le jurisconsulte se concilient fort bien avec cette interprétation. Et en effet que nous dit Javolénus? La question qui se pose est celle de savoir si la possession est acquise, bien qu'il n'y ait pas eu appréhension matérielle, bien qu'il n'y ait eu qu'appréhension *oculis et affectu* : si ce résultat est admis quand c'est celui-là même qui acquiert la possession qui a la chose *sub custodiâ*, pourquoi ne l'admettrait-on pas quand la chose est entre les mains du mandataire? En quoi cette circonstance viendrait-elle modifier les effets de l'appréhension *oculis et affectu?*

On pourrait peut-être reprocher à cette interprétation de supposer que l'acheteur était *in præsentia rei* quand il a ordonné au vendeur de la remettre au mandataire, supposition qui n'est nullement autorisée par ce texte. En réalité cette supposition s'impose : quand Javolénus, au début du texte, dit que je deviens possesseur du tas de bois quand je l'ai *sub custodiâ*, il doit nécessairement sous-entendre que j'ai dû alors être *in præsentia rei*, attendu que, comme on l'a vu, cela est absolument nécessaire pour l'acquisition de la possession. Cette indication omise dans cette première hypothèse l'a été naturellement aussi quand la chose vendue a été mise sous la *custodia* du mandataire de l'acheteur : dans les deux cas, il n'a pas été dit que l'acheteur devait avoir été *in præsentia rei*, parce que l'attention du jurisconsulte était concentrée sur le point de savoir si le défaut d'appréhension matérielle devait produire des effets différents suivant que la chose était sous la *custodia* de l'acquéreur ou de son mandataire et non sur le point de savoir comment on pourrait, dans l'acquisition de la possession, remplacer l'appréhension matérielle de la chose[1].

[1] L'explication qui vient d'être donnée montre que ce n'est pas sans

Tandis que Javolénus, ainsi qu'on vient de le voir, soutenait que l'acquisition de la possession *per extraneam personam* était impossible, Neratius, à la même époque, professait l'opinion contraire : c'est ce qui résulte de la loi 41 D., *De usurp. et usuc.*, liv. 41, t. 3, qui montre que, dès cette époque, l'acquisition de la possession *per extraneam personam* était généralement admise.

« Si mon mandataire met la main sur une chose qui m'a « été volée, quoiqu'on soit à peu près d'accord pour recon- « naître que l'on peut acquérir la possession par manda- « taire, on doit admettre cependant qu'elle ne doit pas être « considérée comme rentrée en mon pouvoir, et comme sus- « ceptible d'usucapion : ce serait admettre en effet une so- « lution rendant plus mauvais l'état du volé. »

Neratius indique ici une hypothèse exceptionnelle dans laquelle nous n'acquérons pas la possession par l'intermédiaire d'un mandataire, quoique la règle presque généralement admise fût dès lors que cette acquisition était possible. Il s'agit d'une personne à qui une chose a été volée : le mandataire de cette personne recouvre la chose. Neratius se demande alors si, du jour où cette chose est appréhendée par le mandataire, elle sera considérée comme rentrée au pouvoir du volé et comme pouvant par suite être usucapée. Il répond qu'il n'en sera pas ainsi, quoique ce soit une opinion généralement reçue que l'on puisse acquérir la possession par l'intermédiaire d'un mandataire, parce que ce serait admettre une solution fâcheuse pour le volé. Celui-ci en effet pourrait en souffrir, étant donné que l'usucapion opérant contre lui pourrait commencer à un mo-

raison que Cujas (*Oper.*, Ed. Naples, t. 8, col. 313, *Ad. leg. Quarumdam rerum*) propose de remplacer le mot *animi* qui est dans la dernière phrase du texte par *corporis :* celui qui acquiert la possession a eu en effet ou est considéré comme ayant eu un moment le *corpus*. Savigny (*Tr. de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 201, note 1) est peut-être un peu trop affirmatif quand il déclare que « cette émendation est tout aussi inutile que hasardée. »

ment où il ignore encore que la chose est revenue en son pouvoir. Ce ne sera par suite qu'au moment où il connaîtra l'appréhension que l'usucapion sera possible, que la possession sera comme acquise de nouveau par l'entremise du mandataire.

On voit que ce texte, en même temps qu'il montre que la possession, suivant l'opinion déjà dominante au IIe siècle, pouvait être acquise *per extraneam personam,* précise la portée de cette règle en déclarant que la possession est ainsi acquise au moment même de l'appréhension de la chose par le mandataire, alors même que le mandant ne serait pas encore instruit de l'appréhension. Au reste Neratius présente de nouveau cette solution dans la loi 13 pr. D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1.

« Si, sur mon mandat, un mandataire achète pour moi « une chose, et si cette chose lui est livrée en mon nom. « la propriété m'est acquise, alors même que j'ignore que « la tradition a été effectuée. »

Il est bien évident que, si j'acquiers la propriété, c'est parce que j'acquiers la possession, la tradition n'étant en effet pas autre chose que la remise de la possession.

52. — Quoique, comme le dit Neratius, déjà au temps de Trajan il fût généralement reconnu que la possession pouvait être acquise par l'entremise d'un mandataire, la question faisait encore doute au temps de Marc Aurèle et c'est ce qui résulte du § 95, C. II, Gaius, que j'ai déjà cité. Elle n'a été définitivement tranchée qu'au IIIe siècle en l'an 226 par une constitution de l'empereur Septime-Sévère qui forme la loi 1 C., *De adq. et ret. poss.,* liv. 7, t. 32.

« C'est une règle due aussi bien à des raisons d'utilité « pratique qu'à la science du droit que nous pouvons acqué- « rir la possession *per extraneam personam* même à notre « insu (même ignorant l'appréhension), et que nous pouvons « commencer à usucaper, dès que nous connaissons l'ap- « préhension. »

Les Romains ont donc admis d'une façon certaine, au IIIe siècle de notre ère, une dérogation au principe de la non-représentation en matière de possession : pourquoi cette dérogation?

La constitution citée dit que ce résultat a été produit par suite de raisons d'utilité pratique et aussi par suite de raisons de droit.

Paul dans ses *Sentences,* liv. 5, t. 2, § 2, fait allusion à ces considérations d'utilité pratique qui sont les plus importantes quand il dit :

« On ne peut rien acquérir par l'intermédiaire des per-
« sonnes libres qui ne sont pas sous notre puissance : mais
« il a été admis *utilitatis causâ* que l'on peut par manda-
« taire acquérir la possession. »

Au reste ces considérations d'utilité pratique sont bien faciles à indiquer : avant que ce progrès ne fût réalisé, il y avait bien des hypothèses dans lesquelles une personne, par suite de son éloignement, ne pouvait acquérir la possession et par conséquent la propriété.

A ces considérations à propos desquelles il n'y a pas à insister, on peut en joindre d'autres qui ont eu certainement une importance beaucoup moindre, mais qui demandent, pour être comprises, des explications un peu plus longues.

Paul les indique dans une loi que j'ai citée déjà quand je me suis demandé si le possesseur devait avoir l'*animus domini,* dans la loi 1, § 20 D., *De adq. vel àmitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

« Nous acquérons, dit Paul, la possession par l'entremise
« d'un mandataire, d'un tuteur, d'un curateur : toutefois
« lorsque ces personnes acquièrent la possession en leur
« propre nom et non pas seulement dans l'intention de
« prêter leur concours, ils ne peuvent acquérir pour nous.
« Autrement si nous disions que ceux-là qui reçoivent la
« chose en notre nom n'acquièrent pas pour nous la pos-
« session, il arriverait que ne seraient possesseurs ni celui

« à qui la chose a été livrée, attendu qu'il n'a pas l'*animus* « *possidentis*, ni celui qui a livré la chose, attendu qu'il a « abandonné la possession. »

L'explication donnée par Paul a comme point de départ une théorie qui, admise d'une façon plus générale dans l'ancien droit, conservait encore au IIIe siècle de notre ère quelques cas d'application. D'après cette théorie, quand un acte juridique devait avoir pour effet, d'un côté de faire perdre un droit à quelqu'un, de l'autre de faire acquérir ce même droit à une autre personne, dans des conditions telles que la partie qui abdiquait son droit ne le faisait que parce qu'elle voulait le faire acquérir à l'autre, la perte du droit n'en devait pas moins se produire alors même que l'acquisition par l'autre partie ne pouvait avoir lieu[1].

Appliquée à la possession, cette théorie conduit à dire que celui qui veut transférer sa possession, l'a perdue alors même que celui qui devait l'acquérir ne peut le faire : « C'est en effet émettre une idée ridicule, dit Celsus dans « la loi 18, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, que « de dire qu'une personne ne veut perdre la possession que « si elle est transférée : en réalité, elle veut la perdre par « cela seul qu'elle croit la transférer. »

Paul dans la loi citée admet également cette théorie.

Ce principe établi, on voit qu'il pourra se présenter nombre d'hypothèses dans lesquelles une chose deviendra sans possesseur, l'ancien possesseur cessant de l'être, et celui qui devait l'être ne pouvant le devenir. Or c'est là un résultat mauvais.

Ne devait-on pas, par suite, s'efforcer de limiter, autant

[1] Ulp., *Règles*, 1, § 19. L'affranchissement consenti par l'usufruitier d'un esclave fait perdre son droit à l'usufruitier sans donner la liberté à l'esclave. L. 66 D., *De jure dot.*, liv. 23, t. 3. L'*in jure cessio* d'un droit d'usufruit à un tiers fait perdre ce droit à l'usufruitier, d'après Pomponius, sans le faire acquérir à l'usufruitier. Voir également ce qui se produit au cas d'*in jure cessio hereditatis* par un héritier qui a déjà fait adition. Gaius, C. II, § 35; C. III, § 185.

qu'il était possible, les cas dans lesquels une chose n'a pas de possesseur en diminuant le nombre des hypothèses dans lesquelles il y a impossibilité d'acquérir la possession? On était ainsi amené à écarter, dans l'hypothèse prévue par Paul, le principe de la non-représentation et à permettre l'acquisition par l'intermédiaire du mandataire pour éviter que la chose soit sans possesseur.

Telle est la considération que fait valoir le jurisconsulte Paul : sans nier qu'elle ait pu avoir une certaine influence, on doit éviter d'en exagérer l'importance. Il n'est pas besoin de longues recherches pour trouver des hypothèses dans lesquelles les Romains n'ont pas hésité à déclarer une chose sans possesseur, et n'ont nullement cherché à modifier cet état de choses. C'est ainsi que Celsus, dans la loi 18, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, dont un passage vient d'être cité, dit que celui qui livre une chose à un *furiosus* qu'il croit sain d'esprit, perd la possession sans que le *furiosus* l'acquière.

C'est ainsi encore que la loi 24 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, dit que nous ne possédons pas la chose que notre esclave a acquis à notre insu *ex maleficio suo :* et, cependant, il est certain que cette chose sera sans possesseur, car celui à qui la chose a été volée, a été enlevée avec violence par l'esclave, ne possède plus.

J'ai ainsi indiqué les considérations d'utilité pratique qui ont donné naissance à la règle : *Per extraneam personam possessio nobis acquiritur :* mais reste à expliquer pourquoi cette dérogation relative à la possession a été admise plus facilement que toute autre.

C'est ici que, suivant moi, doivent intervenir ces raisons de droit dont parle la constitution de Septime-Sévère : en effet, la règle : *Per extraneam personam possessio nobis acquiritur* étant contraire au principe de la non-représentation, c'est-à-dire à l'un des principes fondamentaux du droit romain, les raisons de droit que l'on peut proposer expliqueront que cette dérogation au principe indiqué a été

admise plus facilement, mais n'établiront jamais que cette règle aurait dû toujours être admise.

Ces raisons sont présentées par Modestin, dans la loi 53 D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1 :

« Ce qui est acquis *civiliter,* comme la créance née d'une « stipulation, peut s'acquérir par ceux qui sont sous notre « puissance; ce qui est acquis *naturaliter,* comme la pos- « session, peut s'acquérir par qui que ce soit, du moment « que nous le voulons. »

Qu'entendre par ces mots *civiliter, naturaliter?*

Ces deux expressions opposées l'une à l'autre ont des sens si variés, qu'il faut, pour en déterminer la signification exacte dans notre texte, étudier les exemples qui y sont donnés par Modestin. Or, Modestin oppose ce qui est acquis par stipulation et qui est acquis *civiliter* à la possession qui est acquise *naturaliter.* Les notions que j'ai présentées au début de ce travail sur la possession, permettent de comprendre la raison d'être de cette opposition : tandis que la possession est *res facti,* la stipulation est *res juris.*

On a vu que la possession était de sa nature une matière étrangère au droit, une simple situation de fait qui, en elle-même, n'aurait pas sollicité l'attention du législateur, si, à l'effet de protéger, de rendre efficace le droit de propriété, il n'avait pas été utile de la protéger, de lui assurer certains effets. Mais ce souci du législateur n'a nullement fait disparaître le caractère primordial de la possession : il y a toujours dans la possession, *res facti,* un simple fait, et par conséquent il est naturel d'en conclure qu'elle s'acquiert, non pas par les moyens créés par le législateur, mais naturellement par ce fait qu'on se saisit de la chose, de façon à pouvoir exercer son droit de propriété.

Au contraire, la stipulation est *res juris :* ce que l'on acquiert en vertu de la stipulation n'est acquis qu'en vertu de principes créés, reconnus par le législateur : tandis que, en fait, celui qui a eu une chose à sa disposition, qui a possédé une chose, a toujours pu physiquement en faire ce

qu'il voulait, et cela sans qu'il y ait eu besoin de disposition législative, car cela dépend de sa seule volonté, celui qui a voulu se prévaloir d'une stipulation, d'un contrat quelconque, n'a pu le faire que parce que le législateur en a reconnu la possibilité. C'est à raison même de la nature des choses, antérieurement à toutes dispositions législatives, que l'on a pu se dire possesseur : c'est donc *naturaliter* que s'acquiert la possession : c'est au contraire, en vertu de dispositions de droit, *civiliter,* que s'acquièrent les avantages résultant de la stipulation.

Le sens des expressions *civiliter, naturaliter* étant ainsi précisé, recherchons maintenant pourquoi on a cru pouvoir déroger au principe de la non-représentation plus facilement quand il s'est agi de la possession s'acquérant *naturaliter* que lorsqu'il est question de droits s'acquérant *civiliter.*

La réponse me paraît être la suivante : en matière de possession, on est en présence d'une matière qui, par sa nature, est *res facti,* est étrangère au droit : il s'agit, en effet, de l'exercice du droit de propriété ; or, jamais une personne qui ne pouvait par elle-même exercer un acte rentrant dans l'exercice du droit de propriété, n'a hésité, quand cela lui paraissait utile, à recourir à l'intermédiaire d'un tiers pour en obtenir l'accomplissement. Pourquoi ne pas admettre que cela peut lui être utile, même au point de vue juridique ? Sans doute, le principe de la non-représentation s'y oppose : mais n'est-il pas excessif d'attribuer une telle importance à ce principe dans une matière étrangère au droit, qui ne doit pas son existence au législateur, et dont le législateur ne s'est occupé que parce que cela était nécessaire pour la protection de la propriété ? Étrangère au droit à bien des points de vue, la possession pouvait, plus que toute autre matière, être soustraite à l'application du principe de la non-représentation.

53. — Ainsi donc, écartant en notre matière ce principe de la non-représentation, le droit romain, au IIIe siècle de

notre ère, posait le principe : *Per extraneam personam possessio nobis acquiritur :* on peut acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne libre qui n'est pas soumise à notre puissance.

N'y a-t-il pas cependant certains principes du droit qui, en quelques hypothèses, viendront restreindre l'application de la règle qui a été exposée?

Je crois, malgré les doutes qui ont été élevés sur ce point, qu'il faut l'admettre.

Le principe qui, suivant moi, empêche l'application absolue de la règle : *Per extraneam personam possessio nobis acquiritur* est celui qui est énoncé dans la célèbre loi 20 C., *De pactis,* liv. 2, t. 3 :

« C'est par des traditions, par l'usucapion, non par de « simples conventions que se transfère la propriété. »

C'est le principe d'après lequel le simple accord de volontés ne suffit pas pour opérer le transfert de la propriété. Supposez, en effet, que celui qui doit acquérir la propriété prenne justement pour mandataire, à l'effet de lui acquérir la possession, l'aliénateur, qu'arrivera-t-il?

C'est que, par le seul effet de ce mandat donné, c'est-à-dire par l'effet d'un simple accord de volontés, l'acquéreur deviendra propriétaire sans qu'on ait employé aucun des modes de transfert de propriété exigés par le droit romain. En effet, l'aliénateur, possesseur jusque-là, conservera la chose, mais comme détenteur possédant pour l'acquéreur, étant donné le mandat qu'il a accepté : la conclusion du mandat aura donc eu pour résultat de faire passer la possession et par suite la propriété de l'aliénateur à l'acquéreur sans tradition. Il y a là certainement une solution contraire au principe contenu dans la loi 20 C., *De pactis,* liv. 2, t. 3.

Ces considérations admises, on est, semble-t-il, amené à dire que jamais l'acquéreur ne pourra constituer l'aliénateur mandataire à l'effet de lui faire acquérir la possession : en effet, on ne voit pas comment l'aliénateur peut, en acceptant le mandat de faire acquérir la possession à

l'acquéreur, arriver au résultat voulu, sans contrevenir au principe romain que la propriété ne peut pas s'acquérir par l'effet d'un simple accord de volonté.

Mais cette proposition se heurte à une objection : des textes établissent nettement que l'aliénateur peut acquérir la possession à l'acquéreur : telle est notamment la loi 18 pr. D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

« Ce que je possède en mon nom, je puis le posséder au « nom d'autrui : en effet, je ne me change pas à moi-même « la cause de ma possession ; en réalité, je cesse de posséder « et je rends par mon intermédiaire un autre possesseur ; « or, ce n'est pas la même chose que posséder ou détenir « pour autrui, car le possesseur est celui au nom de qui on « possède, le mandataire ne faisant que prêter son aide à « la possession d'autrui. »

Celsus, dans ce texte, montre donc qu'un possesseur peut, en acceptant d'un tiers le mandat de faire acquérir à celui-ci la possession, la lui faire acquérir et devenir ainsi détenteur pour autrui : il prévoit même, à l'encontre de cette solution, une objection, à savoir qu'elle pourrait paraître contraire à la règle dont j'aurai bientôt à vous entretenir, que l'on ne peut pas se changer à soi-même la cause de sa possession, et il la réfute en disant que cette règle ne s'oppose nullement à ce que, dans l'hypothèse prévue, la possession ne soit acquise par le mandant, attendu que l'aliénateur, acceptant le mandat, cesse de posséder et commence ensuite à détenir pour autrui. Et Celsus, qui se préoccupe ainsi d'établir solidement la solution qu'il propose, ne s'inquiète nullement de l'objection tirée du principe que la propriété ne saurait s'acquérir en droit romain, par le seul consentement : il paraît considérer que cette objection n'a aucune valeur. Aussi certains interprètes, s'en référant à cette décision de Celsus, déclarent-ils que le principe qui veut que la propriété ne soit pas transférée par l'effet du simple consentement n'a jamais empêché les jurisconsultes romains de reconnaître que l'acquéreur pouvait devenir

possesseur par l'intermédiaire de l'aliénateur. Pour eux, le constitut possessoire, c'est-à-dire l'acquisition de la possession par l'intermédiaire de l'aliénateur est donc possible sans aucune restriction.

Néanmoins, je ne crois pas cette solution acceptable : si, en effet, elle avait été consacrée par le droit romain, le principe contenu dans la loi 20 C., *De pactis*, liv. 2, t. 3, aurait été lettre morte : en fait, la propriété aurait toujours été transférée à Rome par l'effet du simple consentement. Il aurait toujours été inséré, dans tous les contrats ayant pour but d'amener un transfert de propriété, une clause qui serait devenue de style, d'après laquelle l'aliénateur aurait été constitué mandataire de l'acquéreur à l'effet de faire acquérir à ce dernier la possession : jamais on n'aurait eu recours à la tradition.

Mais alors, peut-on dire, quel compte tient-on de la loi 18 pr. D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2? N'est-ce pas en faire complètement abstraction que de refuser ainsi à l'aliénateur le droit d'être le mandataire de l'acquéreur pour assurer à ce dernier la possession?

Deux textes, la loi 77 D., *De rei vind.*, liv. 6, t. 1, et la loi 28 C., *De don.*, liv. 8, t. 54, vont permettre de résoudre la question : « Une femme, dit la loi 77 D., *De rei vind.*, « liv. 6, t. 1, a par lettre fait une donation à quelqu'un qui « n'était pas son mari, et a pris à bail le même fonds de son « donataire : on peut soutenir que le donataire a l'action « en revendication, ayant acquis la possession par l'intermédiaire de la donatrice, considérée comme sa fermière. »

« Quiconque, dit la loi 28 C., *De don.*, liv. 8, t. 54, en « faisant donation d'une chose, ou en la constituant en dot, « ou en la vendant, s'en est retenu l'usufruit, sera considéré comme ayant livré de suite cette chose, même s'il « n'y a eu aucune convention spéciale à ce sujet, et l'on « n'exigera rien de plus pour que la tradition soit considérée comme faite : dans ces hypothèses, la rétention de « l'usufruit vaudra toujours tradition. »

On a, dans ces deux textes, deux exemples de constitut possessoire, deux hypothèses dans lesquelles l'aliénateur, possesseur auparavant, devient ainsi détenteur pour l'acquéreur. Or, si on examine avec un peu de soin les deux textes, on remarque que, dans les deux cas, l'aliénation consentie présente ce caractère particulier que l'aliénateur se réserve un droit réel sur la chose, ou se fait consentir un droit personnel ayant pour objet de lui assurer la jouissance de la chose : c'est, dans le premier texte, une femme qui, ayant fait donation d'un immeuble, le prend en même temps à bail ; c'est, dans le second, une personne qui aliène une chose mais en s'en réservant l'usufruit. Et cette remarque pourrait être faite à propos de tous les textes qui prennent le soin de développer les hypothèses de constitut possessoire dont ils s'occupent; dès lors il est naturel de dire : Ce n'est que dans les cas où une personne se réserve un droit réel sur la chose qu'elle aliène, où elle se fait consentir un droit personnel de jouissance et où, en vertu de ce droit, elle conserve la chose entre les mains, que le droit romain reconnaît que l'acquéreur peut obtenir la propriété par l'intermédiaire de l'aliénateur.

Telle est la solution qu'il faut admettre : mais alors comment l'expliquer? Comment comprendre que l'aliénateur qui, en principe, ne peut pas par son intermédiaire faire obtenir la possession à l'acquéreur, le puisse cependant quand il se réserve un droit réel ou personnel de jouissance qui lui laisse la chose entre les mains?

Il ne faut voir là qu'une solution inspirée par des considérations d'utilité pratique.

Supposons en effet que, dans ces hypothèses, le constitut possessoire n'ait pas été admis : qu'arriverait-il?

La femme, pour reprendre la première hypothèse citée, voulant effectuer sa donation, aurait dû livrer la chose au donataire, et celui-ci aurait dû aussitôt, en exécution du louage conclu, la livrer à la femme : la chose serait par conséquent sortie des mains de la femme pour y rentrer

aussitôt après. Il y aurait eu une double tradition dont le résultat aurait été de replacer la chose dans les mêmes mains que si aucune tradition n'avait été faite. N'était-il pas plus simple de la supprimer?

Au contraire, le constitut possessoire ne s'imposait pas de la même façon au cas d'aliénation dans laquelle l'aliénateur ne se réserve aucun droit. Il n'y a alors qu'une seule tradition nécessaire, celle de l'aliénateur à l'acquéreur : on ne retrouve pas ici cette succession forcée de deux traditions dont la seconde fait disparaître l'effet de la première, et qu'il est par suite nécessaire d'accomplir.

Si on admet cette interprétation, il est vrai de dire que l'aliénateur ne peut être constitué mandataire par l'acquéreur à l'effet de lui faire obtenir la possession : en effet, dans les hypothèses où il a été reconnu qu'il y a constitut possessoire, ce résultat a été expliqué en disant, non pas que l'aliénateur est mandataire de l'acquéreur, mais qu'on tient pour réalisées deux traditions dont la seconde détruit l'effet apparent, extérieur de la première[1].

---

[1] V. en ce sens Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. Meulenaere, p. 182 et suiv.

CHAPITRE II.

CONDITIONS EXIGÉES POUR QU'IL Y AIT ACQUISITION OU CONSERVATION DE LA POSSESSION PAR L'INTERMÉDIAIRE D'AUTRUI.

54. — Les explications présentées dans le chapitre précédent ont donc établi qu'au IIIe siècle de notre ère la possession pouvait être acquise et conservée par l'intermédiaire d'une personne *alieni* ou *sui juris :* il faut maintenant, le principe posé, déterminer à quelles conditions cela sera possible : ce sera l'objet, d'ailleurs fort important, de ce chapitre.

Pour faire cette étude, on doit nécessairement s'occuper et de celui qui possède par l'intermédiaire d'autrui, et de celui qui détient pour autrui : de là la division naturelle de ce chapitre en deux sections.

Sect. I. Conditions exigées chez celui qui possède par l'intermédiaire d'autrui, chez le possesseur.

Sect. II. Conditions exigées chez le détenteur.

SECTION I.

Conditions exigées chez le possesseur.

55. — Les textes qui déclarent que l'on peut acquérir, conserver la possession par l'intermédiaire d'une autre personne, ont bien soin de dire que cela n'est vrai que pour le *corpus*, que l'*animus* doit être personnel à celui qui bénéficie des avantages de la possession. Il suffit de citer à ce sujet deux textes de Paul qui forment l'un la loi 3, § 12 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, et qui s'exprime ainsi : « Nous pouvons posséder *animo nostro, corpore* « *alieno,* » et l'autre le § 1, t. 2, liv. 5, Sentences de Paul qui, s'occupant spécialement de l'acquisition de la possession dit : « Nous acquérons la possession *animo et corpore :* « l'*animus* doit nous être personnel; quant au *corpus,* il « peut être réalisé par nous ou par autrui. »

Par conséquent, nous occupant de l'acquisition de la possession tout d'abord, et nous rappelant ce que nous avons admis relativement à l'*animus* à ce sujet, nous dirons :

Celui qui veut acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui doit avoir l'*affectio tenendi* relativement à la chose dont il veut ainsi acquérir la possession.

De là cette conséquence signalée par les textes et qui vient d'ailleurs corroborer le principe qui a été énoncé :

Un gérant d'affaires ne peut acquérir la possession à celui dont il gère les affaires, ce dernier ne devant devenir possesseur que le jour où il ratifiera l'acquisition faite en son nom. Jusque-là, en effet, le *dominus,* celui dont les affaires sont gérées, n'a pas cet *animus* personnel exigé de celui pour qui l'acquisition de la possession est faite. C'est ce que dit Ulpien dans la loi 42, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Celui qui, prenant soin des affaires d'autrui, achète « une chose en exécution d'un mandat qui lui a été donné, « acquiert de suite au mandant la possession; mais, s'il « l'acquiert de son initiative, ce résultat ne se produira « qu'au moment de la ratification du *dominus.* »

56. — La nécessité de l'*animus tenendi* personnel à celui pour lequel la possession est acquise étant constatée, il faut préciser en quoi doit consister cet *animus tenendi :* il y a à ce sujet à présenter des développements intéressants.

Une personne, voulant acquérir un bien déterminé, a recours aux services d'une personne libre ou d'une personne en puissance pour faire cette acquisition : à quel moment devra exister chez elle l'*animus tenendi?* Suffira-t-il que cette personne ait eu cet *animus tenendi,* ne l'ait pas abdiqué, pour que la possession lui en soit acquise au moment même où la chose sera appréhendée par celui dont les services ont été employés et avant même que cette appréhension soit connue de celui qui veut acquérir cette chose? Ou bien au contraire décidera-t-on que celui qui veut acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui ne deviendra possesseur qu'au moment où il connaîtra l'appréhension qui aura été effectuée?

De ces deux solutions c'est certainement la seconde qui est la plus logique : on ne peut avoir la volonté de posséder une chose que lorsqu'on sait qu'on peut en disposer : tant que la chose n'est pas à notre disposition, nous pouvons avoir le désir, l'espérance de posséder la chose, mais rien de plus. Néanmoins c'est l'opinion contraire qui a été préférée : les textes sont unanimes à décider que, du jour où la personne dont nous employons les services a appréhendé la chose, nous sommes devenus possesseurs, même à notre insu.

En ce qui concerne l'acquisition de la possession faite par l'intermédiaire d'une personne en puissance, cela résulte de la loi 2, § 11 D., *Pro emptore,* liv. 41, t. 4 :

« Celsus écrit : Si mon esclave acquiert la possession « dans une affaire intéressant le pécule, j'usucape même « ignorant cette acquisition ; s'il l'acquiert en dehors de « l'administration du pécule, je n'usucape que si je con- « nais l'acquisition. »

Sans insister pour le moment sur la distinction faite par le texte suivant qu'il y a acquisition de possession *nomine peculii aut non peculiari nomine,* distinction sur laquelle j'aurai à revenir, je ferai simplement remarquer que, dans les deux cas, le maître peut acquérir la possession de la chose qui a été effectuée par son esclave, puisqu'il dit que dans un cas il y a usucapion, que dans l'autre l'usucapion ne se produira pas : ce n'est qu'à propos d'une personne qui possède qu'il y a lieu de se demander si elle peut ou non usucaper.

Au reste les textes qui vont être maintenant étudiés et qui établissent que l'on acquiert la possession par l'intermédiaire de personnes *sui juris* du jour de l'appréhension, alors même qu'on l'ignore, prouvent la vérité de cette proposition, quand l'acquisition se fait par l'intermédiaire de personnes en puissance. Il n'est pas admissible en effet que l'on se soit montré plus sévère pour l'acquisition de la possession, quand elle est réalisée par l'entremise d'une personne en puissance, que quand on a employé une personne libre.

Parmi les textes qui montrent que la personne qui a recours aux services d'une personne *sui juris* acquiert la possession du jour où cet individu *sui juris* appréhende la chose, alors même qu'elle ne connaît pas cette appréhension, je citerai tout d'abord la loi 13 pr. D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1, qui a déjà été traduite[1] et la loi 1 C., *De adq. et rer. poss.,* liv. 7, t. 32 qui, ainsi qu'on l'a vu, contient la constitution d'Alexandre Sévère établissant d'une façon certaine qu'on peut acquérir la possession *per extraneam personam*[2].

[1] V. page 178.
[2] V. page 178.

Enfin je signalerai la fin du § 5, liv. 2, t. 9 Institutes de Justinien qui montre que, sous cet empereur, la règle continuait à exister.

« De là l'adage qu'on ne peut acquérir *per extraneam* « *personam,* sauf que toutefois nous pouvons par l'entremise « d'une personne libre telle qu'un mandataire, soit en le « sachant, soit à notre insu, acquérir la possession, comme « le dit la constitution d'Alexandre Sévère, et par la pos- « session la propriété si le *tradens* était propriétaire, ou « bien la possibilité d'usucaper et d'invoquer la *longi tem-* « *poris præscriptio,* si le *tradens* ne l'était pas. »

Ainsi donc l'intention d'avoir la chose, manifestée avant l'appréhension faite par un tiers en notre nom, suffit pour nous faire acquérir la possession, au moment même de l'appréhension, alors même que nous n'en aurions pas connaissance : tel est le résultat que nous venons de constater. Il n'est pas besoin d'insister pour faire comprendre que ce sont des considérations d'utilité pratique qui ont commandé cette solution. Il importait que celui au nom de qui la chose était appréhendée fût aussitôt que possible propriétaire de la chose livrée : il fallait donc qu'il fût de suite possesseur; car, ainsi que le remarque Justinien dans le passage cité, en acquérant la possession par la tradition, nous acquérons la propriété si le *tradens* est propriétaire, la possibilité d'usucaper ou de prescrire, si le *tradens* ne l'est pas. Et, à supposer même qu'on ne dût pas ainsi acquérir la propriété, l'acquisition immédiate de la possession était encore fort utile, car elle donnait de suite les interdits.

57. — Mais ces considérations d'utilité pratique devaient conduire à des conséquences encore plus remarquables. Il s'est agi, jusqu'à présent, d'une personne ayant recours au ministère d'autrui pour acquérir la possession d'un bien déterminé : changeons quelque peu l'hypothèse, et supposons qu'une personne charge quelqu'un qui est sous sa puissance ou *sui juris* de l'administration de tout

ou partie de ses biens : ce préposé à l'administration de ces biens acquiert, en vertu même des pouvoirs qui lui ont été conférés, une chose quelconque. Devra-t-on considérer celui qui a ainsi confié à un tiers l'administration d'une masse de biens comme ayant acquis la possession de la chose du jour même où il y a eu appréhension par ce tiers, avant même qu'il ne l'ait connue? Devra-t-on, au contraire, dire que la possession ne lui sera acquise qu'au jour où il aura connu l'appréhension de la chose?

Si on admet la première solution, on considère comme constituant un *animus tenendi* suffisant chez celui qui doit acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui, la volonté générale d'acquérir la possession de tout ce que celui qui est chargé de l'administration de l'ensemble des biens pourra appréhender dans l'exercice de cette administration, volonté manifestée par le fait même que l'administration des biens a été ainsi confiée à autrui. Par conséquent, la solution est encore plus remarquable que dans l'hypothèse qui vient d'être étudiée : Dans l'hypothèse précédente où il s'agissait de l'acquisition de la possession d'un bien déterminé d'avance par l'intermédiaire d'un tiers, la solution admise en droit romain présente cette seule particularité que l'on possède cette chose à un moment où on ignore qu'elle est appréhendée. Dans l'hypothèse qui nous occupe actuellement, la solution indiquée, si elle est exacte, non seulement donne lieu à la même remarque, mais de plus présente ce caractère bien singulier qu'une personne possède une chose dont non seulement elle ignore l'appréhension, mais dont de plus elle ne se fait pas idée, qu'elle ne connaît pas. Et, en effet, c'est celui qui est chargé de l'administration qui fera, d'après son jugement, d'après son estimation, sans en rien dire à celui qui lui a confié cette administration, les acquisitions qui lui paraîtront utiles.

Les raisons pratiques déjà signalées, l'intérêt qui existe pour celui qui acquiert la chose par l'intermédiaire d'au-

trui à en être aussitôt que possible propriétaire et possesseur, ont-ils fait admettre cette solution en droit romain?

Les textes répondent d'une façon bien précise à la question, quand il s'agit d'acquisitions faites par une personne en puissance chargée de l'administration d'un ensemble de biens.

Les jurisconsultes romains, supposant qu'un *paterfamilias* confie un pécule à une personne qu'il a en sa puissance, sont d'accord pour reconnaître que le *paterfamilias* acquiert à son insu la possession *ex causâ peculiari,* qu'il devient possesseur de la chose appréhendée par la personne en puissance en vertu d'une cause qui se rattache à l'administration du pécule alors même qu'il en ignore l'appréhension. Comment expliquer cette solution? Voici ce que disent à ce sujet Papinien et Paul.

Papinien s'exprime de la façon suivante dans la loi 44, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 :

« On s'est demandé pourquoi, *peculii causâ,* nous acqué-« rons à notre insu la possession par l'entremise de notre « esclave. J'ai répondu que ce sont des raisons d'utilité « pratique qui ont fait admettre cette règle particulière. « On ne veut pas que sans cesse les maîtres soient obligés « de s'enquérir de la consistance et de l'administration du « pécule; mais on ne doit pas induire de là que la pos-« session est acquise *animo servi :* en effet, quand une « acquisition est faite par l'esclave en dehors de l'adminis-« tration du pécule, il faut que le maître en ait connais-« sance, seulement la possession est acquise avec le *corpus* « de l'esclave. »

Ainsi donc, pour Papinien, ce sont des motifs d'utilité pratique qui expliquent la solution : exiger l'*animus tenendi* chez le *paterfamilias,* ce serait obliger celui-ci à se tenir sans cesse au courant de l'administration du pécule, à en vérifier à tout moment la contenance, ce serait demander la réalisation d'un fait impossible à accomplir en pratique.

Paul, dans la loi 1, § 5 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, s'efforce de montrer que cette solution n'est pas contraire aux principes généraux du droit.

« Nous acquérons la possession, dit-il, par l'intermé-
« diaire de notre esclave ou de notre enfant en puissance,
« et même, quand il s'agit de choses qu'ils appréhendent
« par suite de l'administration du pécule, nous acquérons
« la possession à notre insu (c'est là l'opinion de Sabinus,
« Cassius et Julien), attendu que ceux à qui nous avons
« concédé un pécule sont réputés posséder conformément
« à notre volonté. »

Ainsi donc, pour Paul, quand, *ex causâ peculiari*, une personne en puissance appréhende une chose, à l'insu du *paterfamilias*, ce n'est qu'en apparence que la possession est acquise sans que le *paterfamilias* ait l'*animus tenendi* : en réalité, cet *animus* existe : par le fait même que le *paterfamilias* a concédé un pécule, il a manifesté l'intention de posséder tout ce que la personne en puissance appréhenderait *ex causâ peculiari*, et cet *animus tenendi*, manifesté au moment de la concession du pécule, continuera à être efficace tant qu'il n'aura pas été remplacé par un *animus* contraire, par conséquent tant que le pécule sera laissé entre les mains de la personne en puissance. D'après le jurisconsulte Paul, la particularité que présente cette solution provient, non pas de ce qu'on n'exige pas l'*animus tenendi* chez le *paterfamilias*, mais de ce que cet *animus tenendi*, au lieu d'être spécial et de prendre naissance au moment de l'appréhension de chaque chose, est général, indéterminé, devant s'appliquer à toute appréhension, faite *ex causâ peculiari*, et ne se manifeste qu'au jour de la concession du pécule.

Ces deux explications présentées par Paul et Papinien se concilient très bien : on peut même dire qu'elles se complètent; en effet, si Paul a pu prétendre avec raison que l'*animus tenendi* existe chez le *paterfamilias*, même quand l'acquisition a été faite à son insu par la personne en puis-

sance, il a dû reconnaître aussi que cependant on se trouvait en présence d'une solution exceptionnelle, puisqu'on se contente d'un *animus* général, manifesté par avance, au lieu d'exiger un *animus* spécial concomitant à l'acquisition de la possession. Et bien certainement cela ne peut s'expliquer que par les raisons d'utilité pratique présentées par Papinien : si elles n'avaient pas existé, on n'aurait certainement pas considéré le *paterfamilias* comme ayant l'*animus tenendi,* comme ayant l'intention d'avoir une chose déterminée, alors qu'il ne sait même pas quelle peut être cette chose.

Il est donc établi que, si le droit romain exige l'*animus tenendi* personnel chez celui qui acquiert la possession par l'intermédiaire d'autrui, il se contentait toutefois, lorsqu'il s'agissait de l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'une personne en puissance, de la volonté générale d'acquérir la possession de tout ce que pourra appréhender la personne en puissance à raison de l'administration des biens qui lui sont confiés, volonté générale qui sera établie par la concession même du pécule.

58.—En est-il de même dans le cas où on a recours, non pas au ministère d'une personne en puissance, mais au ministère d'une personne libre? Il s'agit donc de l'hypothèse suivante :

Une personne confie l'administration d'un ensemble de biens à un individu *sui juris,* lui donne le mandat général d'administrer. En s'occupant de cette administration, ce mandataire général est amené à acquérir une chose : à quel moment le mandant devient-il possesseur? Doit-on appliquer ici la théorie admise dans le cas où un pécule est confié à une personne en puissance, et dire que la possession sera acquise au mandant du jour où la chose a été appréhendée par le mandataire général, sans que l'on s'inquiète du point de savoir si le mandant a connu ou non l'appréhension? Doit-on au contraire déclarer que le mandant ne

devient possesseur que le jour où il a connu l'appréhension faite par le mandataire?

Savigny soutient cette dernière opinion : suivant lui, ce n'est que quand le mandant connaît l'acquisition faite pour lui que ce résultat peut se produire : or c'est ce qui a lieu quand il y a mandat spécial donné relativement à l'acquisition d'une chose déterminée, bien spécifiée ; mais il n'en est plus ainsi quand il y a seulement mandat général d'administrer. Dès lors, selon Savigny, quand les textes déclarent qu'on peut, même à son insu, acquérir la possession *per extraneam personam,* ils veulent simplement dire que le mandant peut ainsi acquérir la possession de la chose pour laquelle il a donné mandat spécial d'acquérir, même avant d'en connaître l'appréhension, mais ils ne s'appliquent pas à l'hypothèse dans laquelle il y aurait mandat général d'administrer[1].

Deux textes sont invoqués par Savigny à l'appui de cette interprétation :

C'est tout d'abord le § 2, t. 2, liv. 5, *Sent.* Paul.

« Nous ne pouvons rien acquérir par l'entremise des per-
« sonnes libres qui ne sont pas en notre puissance. Mais
« des raisons d'utilité pratique ont fait admettre que l'on
« peut acquérir la possession *per procuratorem.* Lorsque le
« *dominus* est absent, la chose ainsi acquise *per procuratorem*
« n'est acquise au *dominus* qu'après ratification de celui-ci. »

D'après Savigny, Paul viserait dans ce texte l'hypothèse de l'acquisition de la possession d'une chose par l'entremise d'un mandataire : il poserait tout d'abord le principe que cette acquisition est possible, et ensuite il apporterait à ce principe une exception en disant que ce résultat ne se produira qu'après ratification du *dominus,* si le *dominus* est absent. En s'exprimant ainsi, Paul aurait voulu parler de l'hypothèse dans laquelle une personne, devant s'absenter, aurait constitué un *procurator omnium bonorum,* un man-

[1] Savigny, *Tr. de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 299 et suiv.

dataire général chargé d'administrer les biens, par opposition à l'hypothèse dans laquelle on constitue un mandataire spécial pour une affaire déterminée. Par conséquent Paul dirait bien clairement que, dans le cas où il y aurait mandat général d'administrer, la chose appréhendée par le mandataire ne serait possédée par le mandant que quand celui-ci, connaissant l'appréhension, l'aurait ratifiée.

Savigny invoque ensuite la loi 42, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, déjà traduite :

« Le *procurator,* qui acquiert une chose en exécution « du mandat à lui donné par le *dominus,* lui acquiert de « suite la possession ; et, s'il l'acquiert de sa propre initia- « tive, il ne la lui acquiert qu'à dater du jour où le *domi-* « *nus* l'aura ratifiée. »

Traduisant le mot *procurator* par mandataire, Savigny déclare qu'on ne peut comprendre qu'un mandataire agisse *suâ sponte* que dans le cas où il s'agit d'un mandataire général, laissé libre, à raison même de l'étendue de ses pouvoirs, d'agir comme il le veut dans l'administration des biens à lui confiés, et il conclut nécessairement de là que le mandant n'acquiert la possession de la chose appréhendée par le mandataire général qu'autant qu'il connaît l'appréhension et la ratifie.

Je ne crois pas que l'on doive tirer des textes invoqués par Savigny les conséquences qu'expose cet interprète du droit romain : en effet, c'est commettre une erreur que de prétendre que le mot *procurator* doive nécessairement se traduire par mandataire ; ce mot a en réalité un sens beaucoup plus large et désigne toute personne s'occupant des affaires d'autrui, soit à titre de mandataire, soit à titre de gérant d'affaires[1]. Or, si l'on adopte ce sens, rien ne sub-

[1] Sans vouloir m'attarder à ce sujet, je me contenterai de citer la loi 11, § 7 D., *De exc. rei jud.*, liv. 44, t. 2, qui, parlant d'un *procurator, cui mandatum est*, laisse entendre qu'il pourrait y avoir aussi un *procurator, cui mandatum non est*, qui serait par conséquent un gérant d'affaires.

devient possesseur que le jour où il a connu l'appréhension faite par le mandataire?

Savigny soutient cette dernière opinion : suivant lui, ce n'est que quand le mandant connaît l'acquisition faite pour lui que ce résultat peut se produire : or c'est ce qui a lieu quand il y a mandat spécial donné relativement à l'acquisition d'une chose déterminée, bien spécifiée ; mais il n'en est plus ainsi quand il y a seulement mandat général d'administrer. Dès lors, selon Savigny, quand les textes déclarent qu'on peut, même à son insu, acquérir la possession *per extraneam personam,* ils veulent simplement dire que le mandant peut ainsi acquérir la possession de la chose pour laquelle il a donné mandat spécial d'acquérir, même avant d'en connaître l'appréhension, mais ils ne s'appliquent pas à l'hypothèse dans laquelle il y aurait mandat général d'administrer[1].

Deux textes sont invoqués par Savigny à l'appui de cette interprétation :

C'est tout d'abord le § 2, t. 2, liv. 5, *Sent.* Paul.

« Nous ne pouvons rien acquérir par l'entremise des per-« sonnes libres qui ne sont pas en notre puissance. Mais « des raisons d'utilité pratique ont fait admettre que l'on « peut acquérir la possession *per procuratorem.* Lorsque le « *dominus* est absent, la chose ainsi acquise *per procuratorem* « n'est acquise au *dominus* qu'après ratification de celui-ci. »

D'après Savigny, Paul viserait dans ce texte l'hypothèse de l'acquisition de la possession d'une chose par l'entremise d'un mandataire : il poserait tout d'abord le principe que cette acquisition est possible, et ensuite il apporterait à ce principe une exception en disant que ce résultat ne se produira qu'après ratification du *dominus,* si le *dominus* est absent. En s'exprimant ainsi, Paul aurait voulu parler de l'hypothèse dans laquelle une personne, devant s'absenter, aurait constitué un *procurator omnium bonorum,* un man-

[1] Savigny, *Tr. de la possession,* trad. Staedtler, 1870, p. 299 et suiv.

dataire général chargé d'administrer les biens, par opposition à l'hypothèse dans laquelle on constitue un mandataire spécial pour une affaire déterminée. Par conséquent Paul dirait bien clairement que, dans le cas où il y aurait mandat général d'administrer, la chose appréhendée par le mandataire ne serait possédée par le mandant que quand celui-ci, connaissant l'appréhension, l'aurait ratifiée.

Savigny invoque ensuite la loi 42, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, déjà traduite :

« Le *procurator,* qui acquiert une chose en exécution « du mandat à lui donné par le *dominus,* lui acquiert de « suite la possession; et, s'il l'acquiert de sa propre initia- « tive, il ne la lui acquiert qu'à dater du jour où le *domi-* « *nus* l'aura ratifiée. »

Traduisant le mot *procurator* par mandataire, Savigny déclare qu'on ne peut comprendre qu'un mandataire agisse *suâ sponte* que dans le cas où il s'agit d'un mandataire général, laissé libre, à raison même de l'étendue de ses pouvoirs, d'agir comme il le veut dans l'administration des biens à lui confiés, et il conclut nécessairement de là que le mandant n'acquiert la possession de la chose appréhendée par le mandataire général qu'autant qu'il connaît l'appréhension et la ratifie.

Je ne crois pas que l'on doive tirer des textes invoqués par Savigny les conséquences qu'expose cet interprète du droit romain : en effet, c'est commettre une erreur que de prétendre que le mot *procurator* doive nécessairement se traduire par mandataire; ce mot a en réalité un sens beaucoup plus large et désigne toute personne s'occupant des affaires d'autrui, soit à titre de mandataire, soit à titre de gérant d'affaires[1]. Or, si l'on adopte ce sens, rien ne sub-

[1] Sans vouloir m'attarder à ce sujet, je me contenterai de citer la loi 11, § 7 D., *De exc. rei jud.*, liv. 44, t. 2, qui, parlant d'un *procurator, cui mandatum est,* laisse entendre qu'il pourrait y avoir aussi un *procurator, cui mandatum non est,* qui serait par conséquent un gérant d'affaires.

devient possesseur que le jour où il a connu l'appréhension faite par le mandataire?

Savigny soutient cette dernière opinion : suivant lui, ce n'est que quand le mandant connaît l'acquisition faite pour lui que ce résultat peut se produire : or c'est ce qui a lieu quand il y a mandat spécial donné relativement à l'acquisition d'une chose déterminée, bien spécifiée ; mais il n'en est plus ainsi quand il y a seulement mandat général d'administrer. Dès lors, selon Savigny, quand les textes déclarent qu'on peut, même à son insu, acquérir la possession *per extraneam personam*, ils veulent simplement dire que le mandant peut ainsi acquérir la possession de la chose pour laquelle il a donné mandat spécial d'acquérir, même avant d'en connaître l'appréhension, mais ils ne s'appliquent pas à l'hypothèse dans laquelle il y aurait mandat général d'administrer[1].

Deux textes sont invoqués par Savigny à l'appui de cette interprétation :

C'est tout d'abord le § 2, t. 2, liv. 5, *Sent.* Paul.

« Nous ne pouvons rien acquérir par l'entremise des per-
« sonnes libres qui ne sont pas en notre puissance. Mais
« des raisons d'utilité pratique ont fait admettre que l'on
« peut acquérir la possession *per procuratorem*. Lorsque le
« *dominus* est absent, la chose ainsi acquise *per procuratorem*
« n'est acquise au *dominus* qu'après ratification de celui-ci. »

D'après Savigny, Paul viserait dans ce texte l'hypothèse de l'acquisition de la possession d'une chose par l'entremise d'un mandataire : il poserait tout d'abord le principe que cette acquisition est possible, et ensuite il apporterait à ce principe une exception en disant que ce résultat ne se produira qu'après ratification du *dominus*, si le *dominus* est absent. En s'exprimant ainsi, Paul aurait voulu parler de l'hypothèse dans laquelle une personne, devant s'absenter, aurait constitué un *procurator omnium bonorum*, un man-

[1] Savigny, *Tr. de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 299 et suiv.

dataire général chargé d'administrer les biens, par opposition à l'hypothèse dans laquelle on constitue un mandataire spécial pour une affaire déterminée. Par conséquent Paul dirait bien clairement que, dans le cas où il y aurait mandat général d'administrer, la chose appréhendée par le mandataire ne serait possédée par le mandant que quand celui-ci, connaissant l'appréhension, l'aurait ratifiée.

Savigny invoque ensuite la loi 42, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, déjà traduite :

« Le *procurator,* qui acquiert une chose en exécution « du mandat à lui donné par le *dominus,* lui acquiert de « suite la possession; et, s'il l'acquiert de sa propre initia- « tive, il ne la lui acquiert qu'à dater du jour où le *domi-* « *nus* l'aura ratifiée. »

Traduisant le mot *procurator* par mandataire, Savigny déclare qu'on ne peut comprendre qu'un mandataire agisse *suâ sponte* que dans le cas où il s'agit d'un mandataire général, laissé libre, à raison même de l'étendue de ses pouvoirs, d'agir comme il le veut dans l'administration des biens à lui confiés, et il conclut nécessairement de là que le mandant n'acquiert la possession de la chose appréhendée par le mandataire général qu'autant qu'il connaît l'appréhension et la ratifie.

Je ne crois pas que l'on doive tirer des textes invoqués par Savigny les conséquences qu'expose cet interprète du droit romain : en effet, c'est commettre une erreur que de prétendre que le mot *procurator* doive nécessairement se traduire par mandataire; ce mot a en réalité un sens beaucoup plus large et désigne toute personne s'occupant des affaires d'autrui, soit à titre de mandataire, soit à titre de gérant d'affaires[1]. Or, si l'on adopte ce sens, rien ne sub-

[1] Sans vouloir m'attarder à ce sujet, je me contenterai de citer la loi 11, § 7 D., *De exc. rei jud.*, liv. 44, t. 2, qui, parlant d'un *procurator, cui mandatum est*, laisse entendre qu'il pourrait y avoir aussi un *procurator, cui mandatum non est*, qui serait par conséquent un gérant d'affaires.

devient possesseur que le jour où il a connu l'appréhension faite par le mandataire?

Savigny soutient cette dernière opinion : suivant lui, ce n'est que quand le mandant connaît l'acquisition faite pour lui que ce résultat peut se produire : or c'est ce qui a lieu quand il y a mandat spécial donné relativement à l'acquisition d'une chose déterminée, bien spécifiée ; mais il n'en est plus ainsi quand il y a seulement mandat général d'administrer. Dès lors, selon Savigny, quand les textes déclarent qu'on peut, même à son insu, acquérir la possession *per extraneam personam,* ils veulent simplement dire que le mandant peut ainsi acquérir la possession de la chose pour laquelle il a donné mandat spécial d'acquérir, même avant d'en connaître l'appréhension, mais ils ne s'appliquent pas à l'hypothèse dans laquelle il y aurait mandat général d'administrer[1].

Deux textes sont invoqués par Savigny à l'appui de cette interprétation :

C'est tout d'abord le § 2, t. 2, liv. 5, *Sent.* Paul.

« Nous ne pouvons rien acquérir par l'entremise des per-
« sonnes libres qui ne sont pas en notre puissance. Mais
« des raisons d'utilité pratique ont fait admettre que l'on
« peut acquérir la possession *per procuratorem.* Lorsque le
« *dominus* est absent, la chose ainsi acquise *per procuratorem*
« n'est acquise au *dominus* qu'après ratification de celui-ci. »

D'après Savigny, Paul viserait dans ce texte l'hypothèse de l'acquisition de la possession d'une chose par l'entremise d'un mandataire : il poserait tout d'abord le principe que cette acquisition est possible, et ensuite il apporterait à ce principe une exception en disant que ce résultat ne se produira qu'après ratification du *dominus,* si le *dominus* est absent. En s'exprimant ainsi, Paul aurait voulu parler de l'hypothèse dans laquelle une personne, devant s'absenter, aurait constitué un *procurator omnium bonorum,* un man-

[1] Savigny, *Tr. de la possession,* trad. Staedtler, 1870, p. 299 et suiv.

dataire général chargé d'administrer les biens, par opposition à l'hypothèse dans laquelle on constitue un mandataire spécial pour une affaire déterminée. Par conséquent Paul dirait bien clairement que, dans le cas où il y aurait mandat général d'administrer, la chose appréhendée par le mandataire ne serait possédée par le mandant que quand celui-ci, connaissant l'appréhension, l'aurait ratifiée.

Savigny invoque ensuite la loi 42, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, déjà traduite :

« Le *procurator*, qui acquiert une chose en exécution « du mandat à lui donné par le *dominus*, lui acquiert de « suite la possession ; et, s'il l'acquiert de sa propre initia- « tive, il ne la lui acquiert qu'à dater du jour où le *domi-* « *nus* l'aura ratifiée. »

Traduisant le mot *procurator* par mandataire, Savigny déclare qu'on ne peut comprendre qu'un mandataire agisse *suâ sponte* que dans le cas où il s'agit d'un mandataire général, laissé libre, à raison même de l'étendue de ses pouvoirs, d'agir comme il le veut dans l'administration des biens à lui confiés, et il conclut nécessairement de là que le mandant n'acquiert la possession de la chose appréhendée par le mandataire général qu'autant qu'il connaît l'appréhension et la ratifie.

Je ne crois pas que l'on doive tirer des textes invoqués par Savigny les conséquences qu'expose cet interprète du droit romain : en effet, c'est commettre une erreur que de prétendre que le mot *procurator* doive nécessairement se traduire par mandataire ; ce mot a en réalité un sens beaucoup plus large et désigne toute personne s'occupant des affaires d'autrui, soit à titre de mandataire, soit à titre de gérant d'affaires[1]. Or, si l'on adopte ce sens, rien ne sub-

[1] Sans vouloir m'attarder à ce sujet, je me contenterai de citer la loi 11, § 7 D., *De exc. rei jud.*, liv. 44, t. 2, qui, parlant d'un *procurator, cui mandatum est*, laisse entendre qu'il pourrait y avoir aussi un *procurator, cui mandatum non est*, qui serait par conséquent un gérant d'affaires.

devient possesseur que le jour où il a connu l'appréhension faite par le mandataire?

Savigny soutient cette dernière opinion : suivant lui, ce n'est que quand le mandant connaît l'acquisition faite pour lui que ce résultat peut se produire : or c'est ce qui a lieu quand il y a mandat spécial donné relativement à l'acquisition d'une chose déterminée, bien spécifiée ; mais il n'en est plus ainsi quand il y a seulement mandat général d'administrer. Dès lors, selon Savigny, quand les textes déclarent qu'on peut, même à son insu, acquérir la possession *per extraneam personam,* ils veulent simplement dire que le mandant peut ainsi acquérir la possession de la chose pour laquelle il a donné mandat spécial d'acquérir, même avant d'en connaître l'appréhension, mais ils ne s'appliquent pas à l'hypothèse dans laquelle il y aurait mandat général d'administrer[1].

Deux textes sont invoqués par Savigny à l'appui de cette interprétation :

C'est tout d'abord le § 2, t. 2, liv. 5, *Sent.* Paul.

« Nous ne pouvons rien acquérir par l'entremise des per-
« sonnes libres qui ne sont pas en notre puissance. Mais
« des raisons d'utilité pratique ont fait admettre que l'on
« peut acquérir la possession *per procuratorem.* Lorsque le
« *dominus* est absent, la chose ainsi acquise *per procuratorem*
« n'est acquise au *dominus* qu'après ratification de celui-ci. »

D'après Savigny, Paul viserait dans ce texte l'hypothèse de l'acquisition de la possession d'une chose par l'entremise d'un mandataire : il poserait tout d'abord le principe que cette acquisition est possible, et ensuite il apporterait à ce principe une exception en disant que ce résultat ne se produira qu'après ratification du *dominus,* si le *dominus* est absent. En s'exprimant ainsi, Paul aurait voulu parler de l'hypothèse dans laquelle une personne, devant s'absenter, aurait constitué un *procurator omnium bonorum,* un man-

[1] Savigny, *Tr. de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 299 et suiv.

dataire général chargé d'administrer les biens, par opposition à l'hypothèse dans laquelle on constitue un mandataire spécial pour une affaire déterminée. Par conséquent Paul dirait bien clairement que, dans le cas où il y aurait mandat général d'administrer, la chose appréhendée par le mandataire ne serait possédée par le mandant que quand celui-ci, connaissant l'appréhension, l'aurait ratifiée.

Savigny invoque ensuite la loi 42, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, déjà traduite :

« Le *procurator*, qui acquiert une chose en exécution « du mandat à lui donné par le *dominus*, lui acquiert de « suite la possession ; et, s'il l'acquiert de sa propre initia- « tive, il ne la lui acquiert qu'à dater du jour où le *domi*- « *nus* l'aura ratifiée. »

Traduisant le mot *procurator* par mandataire, Savigny déclare qu'on ne peut comprendre qu'un mandataire agisse *suâ sponte* que dans le cas où il s'agit d'un mandataire général, laissé libre, à raison même de l'étendue de ses pouvoirs, d'agir comme il le veut dans l'administration des biens à lui confiés, et il conclut nécessairement de là que le mandant n'acquiert la possession de la chose appréhendée par le mandataire général qu'autant qu'il connaît l'appréhension et la ratifie.

Je ne crois pas que l'on doive tirer des textes invoqués par Savigny les conséquences qu'expose cet interprète du droit romain : en effet, c'est commettre une erreur que de prétendre que le mot *procurator* doive nécessairement se traduire par mandataire ; ce mot a en réalité un sens beaucoup plus large et désigne toute personne s'occupant des affaires d'autrui, soit à titre de mandataire, soit à titre de gérant d'affaires[1]. Or, si l'on adopte ce sens, rien ne sub-

[1] Sans vouloir m'attarder à ce sujet, je me contenterai de citer la loi 11, § 7 D., *De exc. rei jud.*, liv. 44, t. 2, qui, parlant d'un *procurator, cui mandatum est*, laisse entendre qu'il pourrait y avoir aussi un *procurator, cui mandatum non est*, qui serait par conséquent un gérant d'affaires.

siste de l'argumentation de Savigny. Lorsque Paul, dans le § 2, t. 2, liv. 5, *Sentences*, parle du *procurator* acquérant une chose *absente domino*, il entend parler du gérant d'affaires. Quand le *dominus* est absent, on comprend qu'un tiers sans mandat se constitue gérant d'affaires et fasse tout ce qui est nécessaire pour que le patrimoine de l'absent ne périclite pas. Cette explication, il n'est pas besoin d'insister longuement à ce sujet, est bien préférable à celle qui est donnée par Savigny; pour le montrer, il suffit de faire remarquer qu'une personne qui va s'absenter peut être amenée à donner un mandat spécial à l'effet d'acquérir une chose aussi bien qu'un mandat général à l'effet d'administrer : en supposant qu'il y ait mandat spécial donné par la personne qui s'absente, Savigny lui-même reconnaît que le mandant acquiert la chose même à son insu : comment concilier cela avec les termes du texte de Paul qui, sans aucune distinction, déclarent qu'il n'y a acquisition qu'après ratification du *dominus*, quand le *dominus* est absent?

Et ce sens général donné au mot *procurator* explique également bien la loi 42, § 1 D., *De adq. vel. amitt. poss.*, liv. 41, t. 2. Le *procurator*, c'est-à-dire celui qui s'occupe des affaires d'autrui ou parce qu'il est mandataire, ou en dehors de tout mandat, peut acquérir une chose : s'il y a mandat, la possession est acquise de suite au mandant; s'il n'y a pas mandat, la possession n'est acquise qu'après ratification du *dominus*. On peut remarquer que les mots : *quod si suà sponte emerit*, s'appliquent beaucoup mieux au gérant d'affaires qui n'a reçu aucun mandat, par conséquent aucune instruction, qu'au mandataire général qui n'agit pas de sa propre initiative, mais en exécution du mandat à lui donné.

L'opinion de Savigny ne repose donc sur aucune base sérieuse. En réalité on est en présence de textes qui déclarent, sans faire aucune distinction, que *per extraneam personam ignoranti possessio acquiritur* : ces textes ont été étudiés quand j'ai établi qu'au cas de mandat spécial d'ac-

quérir la possession, c'était au jour même de l'appréhension réalisée par le mandataire, alors même qu'elle était ignorée du mandant, que cette acquisition s'accomplissait. Quant aux textes que l'on a voulu invoquer pour montrer que la distinction devait être faite entre l'acquisition réalisée par le mandataire général et celle qui a été effectuée par le mandataire spécial, ils s'expliquent tout autrement : ils distinguent en réalité suivant que l'on a eu recours au ministère d'un mandataire ou suivant qu'un gérant d'affaires est intervenu de sa propre initiative, et par conséquent ils confirment plutôt la solution résultant des textes que je viens de rappeler, à savoir que tout mandant acquiert, par l'entremise du mandataire, la possession à son insu, du jour de l'appréhension réalisée par le mandataire, puisque, distinguant entre l'acquisition faite par le mandataire ou le gérant d'affaires, ils ne font au contraire aucune distinction suivant la nature du mandat donné. Il faut donc admettre que tout mandant acquiert de suite la possession du jour de l'appréhension effectuée par le mandataire alors même qu'il l'ignore. Et l'on ne doit pas s'en étonner : les considérations d'utilité pratique qui expliquent cette solution au cas où il y a mandat spécial ont tout autant de force dans le cas où il y a mandat général.

59. — Insistons quelque peu sur cette dernière solution admise par le droit romain, car elle constitue le point de départ d'autres décisions bien remarquables. C'est parce qu'à Rome on a reconnu que la volonté générale d'acquérir la possession de tout ce que pourra appréhender la personne en puissance ou le mandataire, agissant comme administrateurs de la masse de biens qui leur est confiée, suffit pour que le *paterfamilias*, le mandant acquièrent la possession, qu'on a pu dans certains cas déclarer que l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'un tiers serait réalisée au profit d'une personne n'ayant pas l'*animus tenendi*.

Dans les hypothèses où l'on se contente de la volonté générale d'acquérir la possession que peuvent avoir soit le *paterfamilias,* soit le mandant au moment où ils concèdent l'administration d'un ensemble de biens, la volonté de celui qui acquiert ainsi la possession par l'intermédiaire d'autrui est plus effacée, par cela même que la volonté de celui qui est chargé d'administrer prend une bien plus grande importance.

Quand une personne confie un pécule à un individu qu'elle a en sa puissance, quand elle constitue un mandataire à l'effet d'administrer ses biens, elle abdique en quelque sorte et remet l'exercice de ses droits à cette personne en puissance, à ce mandataire, attendu que ce sera la personne en puissance, le mandataire, et non pas le *paterfamilias,* le mandant qui décideront s'il y a lieu d'acquérir une chose, quelles sont les choses qui devront être acquises. Cette idée est indiquée par Paul dans la loi 3, § 12 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

« Nous pouvons posséder *animo nostro, corpore alieno,* « comme nous l'avons dit au sujet de l'esclave et du fer- « mier. Et nous ne devons pas être ébranlés par ce fait que « nous possédons certaines choses à notre insu, à savoir « celles que nos esclaves acquièrent dans l'administration « du pécule, car nous sommes considérés comme possédant « en empruntant leur *corpus* et leur *animus.* »

Bien évidemment, dans les derniers mots de ce texte, Paul ne veut pas dire que l'*animus* du *paterfamilias* n'est nullement exigé; comprendre ainsi la fin du texte, ce serait mettre Paul en contradiction avec ce qu'il dit au début; mais, en déclarant que nous empruntons l'*animus* de la personne en puissance à qui le pécule est confié, il montre bien que l'*animus* du *paterfamilias* a une importance moindre à raison même du rôle plus considérable qu'est appelé à jouer l'*animus* de la personne en puissance.

Cet effacement de l'*animus* du *paterfamilias,* cette prépondérance de l'*animus* de la personne en puissance se

montrent d'une façon bien nette dans les conséquences pratiques qui en découlent, et qu'il est utile d'étudier pour bien connaître la situation que j'expose en ce moment.

Quand l'*animus* de la personne qui acquiert la possession par autrui a toute son importance, quand le possesseur acquiert par lui-même la possession, ou quand la possession est acquise par une personne en puissance *extra causam peculii* ou par l'entremise d'un mandataire chargé spécialement d'acquérir un bien déterminé, sans doute la possession est acquise du jour de l'appréhension réalisée et encore non connue de celui qui doit l'acquérir; mais cette possession n'est utile pour l'usucapion qu'à partir du jour où cette appréhension est connue du possesseur : c'est ce que dit la loi 1 C., *De adq. et ret. poss.*, liv. 7, t. 32 que j'ai déjà traduite[1]; et c'est en la personne de ce possesseur et non en la personne de celui par l'intermédiaire duquel la possession a été acquise que l'on doit examiner si la bonne foi exigée pour l'usucapion existe : c'est ce qui résulte des premiers mots de la loi 2, § 12 D., *Pro empt.*, liv. 41, t. 4, éclairés eux-mêmes par la fin de ce texte et par les textes environnants : l'opposition qui est faite entre les choses acquises par l'esclave *extra causam peculii* et les choses acquises par lui *ex causâ peculiari*, le soin que ces textes mettent à dire que, quand une chose est acquise de mauvaise foi par l'esclave *ex causâ peculiari*, le maître ne peut l'usucaper, sans que l'on s'inquiète du point de savoir si ce maître est de bonne ou de mauvaise foi, montrent qu'il doit en être tout différemment dans le cas où l'acquisition est faite *ex causâ non peculiari*. Par conséquent Paul, disant dans la loi citée que « relativement aux choses pos- « sédées par l'esclave *nomine domini*, il faut prendre en « considération la *mens* du *dominus* plutôt que de l'es- « clave, » a voulu ainsi parler de l'état d'esprit du maître au moment de l'acquisition et exprimer notamment que c'est

[1] V. page 178.

le maître et le maître seul qui devait être de bonne foi à ce moment.

Au contraire celui qui acquiert la possession par l'entremise d'une personne en puissance *ex causâ peculii* ou par l'intermédiaire d'un mandataire général chargé d'administrer un ensemble de biens usucape à dater du jour de l'appréhension de la chose réalisée par la personne en puissance ou le mandataire, sans qu'on s'inquiète du point de savoir si cette appréhension est ou non connue du *paterfamilias* ou du mandant : c'est ce que dit la loi 2, § 11 D., *Pro empt.,* liv. 41, t. 4 :

« Celsus dit : Si mon esclave acquiert la possession *pe-« culiari nomine,* l'usucapion commence sans que je le « sache; s'il acquiert *extra causam peculii,* elle ne com-« mence qu'au jour où j'en connais l'appréhension. »

Et il usucape par cela seul que la bonne foi exigée pour l'usucapion existe chez la personne en puissance ou le mandataire : c'est ce que déclare la loi 2, § 12 D., *Pro emptore,* liv. 41, t. 4 qui, après avoir indiqué que l'on doit prendre en considération l'état d'esprit du maître bien plutôt que celui de l'esclave, quand il s'agit de la possession et de l'usucapion de choses acquises *nomine domini,* ajoute :

« Mais si les choses sont possédées *nomine peculii,* c'est « l'état d'esprit de l'esclave qui doit être examiné : par « suite, si l'esclave possède de mauvaise foi, et si le maître « commence à la posséder lui-même en son nom, par « exemple parce qu'il a enlevé le pécule à l'esclave, on « doit dire que la possession a toujours le même caractère « et ne saurait par conséquent conduire à l'usucapion. » Et c'est ce qui résulte encore plus nettement, s'il est possible, du début du paragraphe suivant, c'est-à-dire de la loi 2, § 13 D., *Pro empt.,* liv. 41, t. 4 :

« Si mon esclave achète *peculiari nomine* de bonne foi « une chose, et si ensuite j'apprends, en même temps que « l'appréhension elle-même, que la chose n'appartenait pas

« au vendeur, l'usucapion ne s'en produira pas moins, dit « Celsus; en effet le début de la possession n'a aucun vice. »

On demande au *paterfamilias,* au mandant, seulement de ne pas être de mauvaise foi au moment de l'appréhension : « Mais, dit la loi 2, § 13 D., *Pro empt.,* liv. 41, t. 4, « si, au moment de l'achat fait de bonne foi par l'esclave, « je sais que la chose appartient à autrui, je n'usucaperai « pas. »

Ces textes montrent donc d'une façon très nette que si, d'une part, on ne fait pas complètement abstraction de l'*animus* de celui qui acquiert la possession par l'intermédiaire d'une personne en puissance placée à la tête d'un pécule, ou d'un mandataire général, on tient surtout compte de l'*animus* de la personne en puissance, du mandataire général, puisque c'est à dater du jour de l'appréhension réalisée par ces personnes que l'usucapion commence, puisque cette usucapion commence par cela seul que cette personne en puissance, ce mandataire sont de bonne foi au moment de l'appréhension. Ainsi s'explique très bien l'expression de Paul disant que, dans l'hypothèse étudiée, nous empruntons l'*animus* de ces personnes, pourvu que notre *animus* ne contrarie pas celui-là, l'usucapion se produira.

60. — Les solutions qui viennent d'être étudiées dans le cas où il s'agit de l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'une personne *alieni* ou *sui juris* chargée de l'administration d'un ensemble de biens, à l'occasion de cette administration même, ont beaucoup tempéré les rigueurs du principe suivant lequel il faut, pour qu'il y ait acquisition de la possession, l'*animus tenendi* personnel chez celui qui doit l'acquérir, mais elles ont continué à l'appliquer. Tout en plaçant en première ligne l'*animus* de la personne en puissance, du mandataire, tout en ne faisant jouer qu'un rôle effacé à l'*animus* du mandant, du *paterfamilias,* les jurisconsultes romains l'ont toujours exigé.

Mais ils ne s'en sont pas tenus à ces solutions : poussés toujours par les mêmes considérations d'utilité pratique, ils sont arrivés, dans certaines hypothèses où cela leur a paru nécessaire, à supprimer la nécessité de cet *animus tenendi* chez celui qui doit acquérir la possession par l'intermédiaire de la personne en puissance ou du mandataire chargés de l'administration d'un ensemble de biens. C'est là un nouveau progrès qui ne doit pas surprendre, maintenant que nous connaissons le peu d'importance qu'avait l'*animus tenendi* du mandant, du *paterfamilias :* on comprend aisément que les jurisconsultes romains qui avaient reconnu que l'*animus tenendi* du mandant, du *paterfamilias,* pouvait n'avoir qu'une importance secondaire, aient décidé, une fois ce résultat obtenu, que dans certains cas on ne l'exigerait pas.

61. — Il était tout d'abord une hypothèse dans laquelle on devait, on peut le dire, déclarer nécessairement qu'il en serait ainsi. Cette hypothèse est exposée dans la loi 44, § 7 D., *De usurp. et usuc.,* liv. 41, t. 3 :

« Si pendant que le maître ou le *paterfamilias* est captif « chez l'ennemi, l'esclave ou le fils de famille achète une « chose, est-ce que le maître ou le *paterfamilias* commen- « cera à posséder? Si l'esclave ou le fils de famille possède « *ex causâ peculii,* alors l'usucapion commence : et on ne « peut objecter que ce maître est en captivité, puisque la « connaissance de cette possession par le maître ne serait « pas nécessaire, s'il était dans la cité. Mais si l'acquisition « a été faite *non ex causâ peculii,* il n'y a pas usucapion, et « on ne comprendrait pas qu'on invoque à ce sujet le *jus* « *postliminii,* attendu que, avant de parler d'usucapion, « il faut qu'il y ait possession. Enfin, si le père meurt chez « l'ennemi, comme le père est réputé mort du jour de la « captivité, on peut dire que le fils a possédé pour lui- « même et usucapé. »

On suppose donc, dans ce texte, qu'un *paterfamilias* de-

vient captif, après avoir confié un pécule à son fils en puissance ou à son esclave : durant cette captivité, le fils en puissance ou l'esclave acquièrent une chose *ex causâ peculii :* devra-t-on, si le père de famille devenu libre peut se prévaloir du *jus postliminii,* considérer le père de famille comme possédant et comme ayant par suite commencé à usucaper à dater du jour de l'appréhension effectuée par la personne en puissance? On voit de suite l'objection qui peut être proposée contre cette solution : pour pouvoir acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne en puissance même *ex causâ peculiari,* il faut qu'il y ait *animus tenendi* chez le *paterfamilias, animus tenendi* consistant dans le maintien de la concession du pécule. Or, cet *animus tenendi* n'a-t-il pas nécessairement disparu le jour où le *paterfamilias* est devenu captif? De ce jour, en effet, il n'est plus une personne, il est considéré comme incapable d'avoir une volonté.

Néanmoins Papinien, dans le texte qui vient d'être cité, admet que le *paterfamilias,* sorti de captivité, pourra, à son retour, invoquer l'usucapion qui s'est produite durant la captivité, sera considéré comme ayant acquis par conséquent la possession pendant ce temps : il prévoit l'objection qui a été exposée et il y répond en disant qu'il n'y a pas lieu de s'y arrêter, étant donné que, si ce *paterfamilias* n'avait pas été captif, que, s'il avait été à Rome, il aurait pu acquérir la possession, même en ignorant l'appréhension faite par la personne en puissance *ex causâ peculii.* Ne serait-ce pas s'attacher à une subtilité juridique que de refuser au *paterfamilias,* de retour à Rome, d'avoir pu profiter de la possession de la chose acquise durant sa captivité *ex causâ peculii* par la personne en puissance, sous le prétexte qu'il n'a pu avoir un *animus tenendi* dont on doive tenir compte, quand cet *animus tenendi* a aussi peu d'importance? Ayant commencé, pour des raisons d'utilité pratique, par rendre très effacé le rôle de l'*animus tenendi* que doit avoir celui qui acquiert la possession par l'entre-

mise d'une personne en puissance *ex peculiari causâ,* les jurisconsultes romains devaient être nécessairement amenés à ne pas l'exiger, quand cela leur a paru utile.

Remarquons d'ailleurs qu'il n'en a été ainsi qu'à propos d'hypothèses dans lesquelles l'*animus tenendi* de celui qui acquiert ainsi la possession n'a qu'une importance secondaire. Dans cette loi 44, § 7 D., *De usurp. et usuc.,* liv. 41, t. 3, Papinien, après avoir parlé de l'hypothèse dans laquelle, durant la captivité du *paterfamilias,* une personne en puissance a acquis une chose *peculii causâ* suppose que, dans des circonstances semblables, l'acquisition a été faite *non ex causâ peculii :* dans ce cas, dit Papinien, il n'y a pas usucapion s'accomplissant durant la captivité ; car, pour qu'il y ait usucapion, il faudrait qu'il y ait possession, ce qui n'existe pas en réalité. En effet, durant la captivité, il n'y a pas eu chez le *paterfamilias* cet *animus tenendi* nécessaire pour l'acquisition de la possession. Pourquoi cette solution absolument contraire à la précédente? C'est que, dans cette nouvelle hypothèse, l'*animus tenendi* du *paterfamilias* joue un bien autre rôle dans l'acquisition de la possession : l'acquisition étant faite par la personne en puissance *non ex causâ peculiari,* n'a pu avoir lieu au profit du *paterfamilias* qu'autant qu'il a donné l'ordre d'acquérir une chose déterminée : si on peut ne pas exiger l'*animus tenendi* quand il consiste simplement dans la volonté générale d'acquérir tout ce qu'appréhendera la personne en puissance dans l'administration du pécule, quand le *paterfamilias* s'en remet purement et simplement à la personne en puissance, il ne saurait en être ainsi quand le *paterfamilias* doit lui-même indiquer qu'il entend acquérir telle chose déterminée, pour que l'acquisition se produise.

Et c'est bien là, d'ailleurs, ce qui résulte du texte de Papinien : si ce jurisconsulte a pu dire, au cas d'acquisition faite *ex causâ peculii* durant la captivité du *paterfamilias,* qu'on ne saurait objecter que le maître est en captivité,

puisque la connaissance de cette possession par le maître ne serait pas nécessaire s'il était dans la cité, on voit qu'il n'aurait pu reproduire cet argument pour l'acquisition faite *non ex causâ peculiari :* en effet, le *paterfamilias* non captif, mais ignorant l'appréhension réalisée, n'aurait pas acquis la possession.

62. — Ce n'est pas seulement au profit du *paterfamilias* captif que les jurisconsultes romains sont arrivés à reconnaître que la possession pourrait ainsi être acquise sans qu'il y ait l'*animus tenendi,* par suite de l'acquisition réalisée par une personne en puissance *ex causâ peculiari :* des considérations pratiques d'une grande importance ont fait admettre, dans d'autres hypothèses, que l'*animus domini* ne serait pas exigé chez celui dont le patrimoine est administré soit par une personne en puissance, soit par une personne libre.

Exiger d'une façon absolument rigoureuse que celui qui acquiert la possession ait l'*animus tenendi,* c'est en réalité, quelle que soit la largeur d'interprétation dont on fasse preuve à ce sujet, arriver à rendre l'acquisition de la possession impossible aux personnes qui ne peuvent avoir cet *animus tenendi,* soit parce que l'incapacité qui les frappe est telle qu'elles ne peuvent avoir une volonté dont on tienne compte, soit parce que la personne dont s'agit étant une personne morale, on ne saurait comprendre qu'elle puisse avoir une volonté quelle qu'elle soit. Le droit romain qui s'était montré si favorable à l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'une personne *alieni* ou *sui juris* chargée de l'administration d'un ensemble de biens, qui supprimait la nécessité de cet *animus tenendi* au profit du *paterfamilias* captif quand il s'agissait de ces acquisitions, devait procéder de même dans les hypothèses qui viennent d'être indiquées afin de ne pas rendre impossible l'acquisition de la possession.

Par suite les jurisconsultes romains en sont arrivés à

dire que les personnes qui sont chargées de veiller aux intérêts de ceux qui sont frappés d'une incapacité complète, c'est-à-dire des *infantes* ou des *furiosi,* pourront, par leur *animus* personnel, suppléer à celui que ces incapables ne pouvaient avoir. Ils admirent cette théorie dès qu'ils reconnurent que, malgré le principe de la non-représentation, on pouvait acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne libre, tellement les nécessités pratiques le demandaient. C'est ce qui est dit, dès le deuxième siècle de notre ère, par Neratius dans la loi 13, § 1 D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1 : après avoir déclaré dans le paragraphe précédent que l'on peut acquérir par la tradition la propriété et par conséquent la possession en ayant recours à un mandataire, le jurisconsulte ajoute :

« De même que le mandataire, le tuteur d'un pupille, « achetant au nom de celui-ci lui acquiert même à son « insu la propriété (et par conséquent la possession). »

Paul, dans la loi 1, § 20 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, expose la même théorie : dans cette loi, déjà souvent citée, Paul dit en effet que la possession peut être acquise par l'entremise d'un mandataire, d'un tuteur, d'un curateur, pourvu que cette possession ait été ainsi acquise au nom du mandant, du pupille [1].

A ces textes je joindrai la loi 1, § 5 D., *De adq. vel. amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, qui, montrant que l'*infans,* le *furiosus* peuvent acquérir la possession par l'intermédiaire de leur esclave acquérant *ex causâ peculiari,* prouve que l'*animus*

[1] Paul donne comme raison de cette solution que, si elle n'était pas admise, la chose se trouverait sans possesseur, l'ancien possesseur ne l'étant plus, attendu qu'il a abdiqué sa possession, et le tuteur ne pouvant pas l'être puisqu'il n'a pas voulu acquérir pour lui-même. J'ai déjà eu l'occasion de montrer qu'il ne fallait pas attacher à cette raison une grande importance. Si les nécessités pratiques n'avaient pas imposé cette solution, il aurait été bien difficile de prétendre que l'*animus tenendi* n'aurait pas été exigé chez le pupille simplement à l'effet d'éviter que la chose reste sans possesseur.

de l'esclave chargé d'administrer une partie de leur patrimoine supplée à leur défaut d'*animus*, comme le fait l'*animus* du tuteur et du curateur.

« L'*infans* et le *furiosus*, dit cette loi 1, § 5 D., *De adq.* « *vel. amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, acquièrent la possession « par l'intermédiaire de leur esclave *ex causâ peculiari* et « usucapent. »

Les jurisconsultes romains qui, comme on vient de le voir, reconnaissaient que les personnes physiques incapables d'avoir une volonté, incapables par conséquent d'acquérir par elles-mêmes la possession, pouvaient le faire par l'intermédiaire des personnes qui étaient chargées de veiller à leurs intérêts pécuniaires, devaient pour les mêmes raisons admettre qu'il en serait de même pour les personnes morales, incapables elles aussi, puisqu'elles sont de pures abstractions juridiques, d'avoir une volonté : c'est ce qu'ils firent.

Paul et Ulpien le reconnaissent dans les lois 1, § 22 et 2 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Les municipes ne peuvent par eux-mêmes posséder « quoi que ce soit, étant incapables de volonté : ils ne pos« sèdent donc ni leur *forum*, ni leurs basiliques, ni rien « d'analogue; il y a seulement un usage général de tout « cela. Nerva le fils admet qu'ils peuvent posséder et usu« caper ce que leurs esclaves ont acquis dans l'administra« tion du pécule : quelques auteurs sont cependant d'avis « contraire attendu que les municipes ne possèdent pas « leurs esclaves[1].

« Mais nous admettons que les municipes peuvent pos« séder et usucaper, et qu'ils acquièrent non seulement

[1] La difficulté qui, d'après l'attestation de Paul, a empêché certains jurisconsultes d'admettre que les personnes morales puissent acquérir la possession par l'entremise de leurs esclaves ne provient pas du défaut d'*animus* chez les personnes morales : elle provient de l'impossibilité où se trouvent les personnes morales de posséder un esclave : c'est là un point sur lequel j'aurai bientôt à donner des explications.

« par l'intermédiaire d'un esclave, mais encore par celui « d'une personne libre. »

Et Ulpien dans la loi 7, § 3 D., *Ad exhib.,* liv. 10, t. 4, indique que ce ne sont pas seulement les municipes, mais toutes les personnes morales qui peuvent acquérir la possession, sans que l'on exige d'elles un *animus tenendi* personnel qu'elles ne sauraient avoir.

« Les municipes peuvent être attaqués au moyen de « l'*actio ad exhibendum,* car ils peuvent restituer : il est « certain en effet qu'ils peuvent posséder et usucaper. On « doit parler de même pour tous les collèges, pour toutes les « réunions d'individus constituant des personnes morales. »

Enfin j'ajouterai que les Romains ont admis que, bien que l'hérédité jacente ne puisse avoir d'*animus tenendi,* la possession pourrait être acquise à son profit par un esclave *ex causâ peculiari :* c'est ce que dit la loi 1, § 5 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2. Après avoir déclaré que : « *ex* « *causâ peculiari* l'*infans* et le *furiosus* acquièrent par l'in- « termédiaire d'une personne en puissance, » Paul, dans cette loi, ajoute : « Il en est de même pour l'héritier dans « le cas où le *servus hereditarius* fait une acquisition. »

On voit donc que, si on doit maintenir comme principe que l'*animus tenendi* est nécessaire chez celui qui acquiert la possession par l'entremise d'autrui, cela n'est vrai d'une façon absolue qu'autant que l'intermédiaire employé n'a pas reçu mission d'administrer tout ou partie du patrimoine de celui qui l'emploie : en effet, quand il y a mandat conventionnel ou légal d'administrer tout ou partie d'un patrimoine, non seulement l'*animus* de celui qui acquiert ainsi la possession ne joue plus qu'un rôle effacé, mais de plus, en certaines hypothèses, l'*animus* de l'intermédiaire supplée à l'*animus* de celui qui doit acquérir la possession et qui est incapable d'avoir une volonté.

63. — La nécessité de l'*animus tenendi* chez celui qui acquiert la possession par l'intermédiaire d'autrui n'est pas

la seule condition exigée pour que cette acquisition se produise : deux autres conditions sont encore nécessaires.

Il faut :

1° Avoir à sa disposition les services de celui qui appréhende la chose.

2° Avoir à l'encontre de cette personne un droit tel que l'on puisse par son intermédiaire acquérir la propriété.

Il faut, ai-je dit, tout d'abord avoir à sa disposition les services de celui qui appréhende la chose.

Pourquoi cette exigence? On en comprendra facilement la raison d'être si on se souvient que, devenir possesseur, c'est se mettre en contact matériel avec la chose, de façon à pouvoir s'en servir dès qu'on le voudra. Or, sans doute, nous le verrons bientôt, pour que la possession soit acquise par l'intermédiaire d'un tiers, il faudra que ces conditions soient accomplies par le tiers dont les services sont ainsi employés, mais, cela fait, devra-t-on en conclure que nécessairement celui qui doit ainsi acquérir la possession possède? Non; posséder, c'est avoir la chose à sa disposition ; c'est pouvoir en fait exercer sur la chose les droits du propriétaire : or il est bien évident que, lorsqu'un tiers a appréhendé une chose pour celui qui doit en devenir possesseur, celui-ci ne pourra être considéré comme étant à même de se servir de cette chose que s'il a à sa disposition les services de celui qui l'a appréhendée. Autrement comment pourrait-il arriver à se servir de la chose, à s'en saisir? C'est là, comme on le voit, la condition qui, en notre hypothèse, correspond au *corpus* que doit avoir sur la chose celui qui acquiert par lui-même la possession : c'est en effet le moyen grâce auquel celui qui acquiert la possession par l'intermédiaire d'autrui aura la chose à sa disposition.

Notre règle étant ainsi justifiée rationnellement, il faut en examiner avec plus de soin les conséquences.

64. — Si tout d'abord on suppose que c'est par le ministère d'une personne libre que la possession doit être acquise,

l'application de la règle qui vient d'être posée ne donnera lieu à aucune difficulté. Celui qui veut acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne libre aura à sa disposition les services de cette personne, à raison même du mandat qui lui a été donné, et tant que durera ce mandat: c'était une solution qui s'imposait le jour où l'on reconnut qu'une personne pouvait acquérir la propriété et la possession par le ministère d'une autre personne *sui juris*.

65. — Supposons maintenant (c'est là une hypothèse qui demandera beaucoup plus de développements), que la possession doive être acquise par l'intermédiaire d'une personne *alieni juris*. La règle qui a été posée conduit à dire que, pour acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne *alieni juris*, il faut avoir à sa disposition les services de cette personne. Mais je dois ajouter que le droit romain s'est montré plus sévère à cet égard, et qu'il n'a admis la possibilité de l'acquisition de la possession par l'entremise d'une personne *alieni juris* qu'autant que cette personne est possédée, au sens juridique du mot, par celui-là même qui doit acquérir la possession. Telle a été du moins la règle consacrée tout d'abord. Ce serait, en effet, commettre une erreur que de croire que, par cela seul qu'on a une personne sous sa puissance, qu'on a sur elle la *dominica* ou la *patria potestas*, la *manus* ou le *mancipium*, on peut acquérir la possession par l'entremise de cette personne ; ces textes montrent qu'il faut de plus la posséder.

66. — Supposons donc tout d'abord qu'il s'agisse d'acquérir la possession par l'intermédiaire d'un esclave : il faudra le posséder. Et de là les conséquences suivantes :

Le constituant du gage ne pourra acquérir la possession par l'intermédiaire de l'esclave qu'il aura constitué en gage. En effet, c'est un point sur lequel j'aurai à revenir, le constituant du gage, par le fait même de la consti-

tution du gage, cesse de posséder la chose ainsi concédée, sauf en ce qui concerne l'usucapion : demeuré sans doute propriétaire de l'esclave, mais ne le possédant plus, il ne pourra, par son intermédiaire, acquérir la possession. C'est d'ailleurs ce qui résulte de la loi 1, § 15 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

« Julien déclare que nous ne pouvons acquérir la pos- « session par l'intermédiaire de l'esclave que nous avons « donné en gage[1]; en effet, le débiteur n'est considéré « comme continuant à posséder que relativement à l'usu- « capion. »

Il en sera de même pour le propriétaire d'un esclave dans le cas où cet esclave sera possédé par un tiers : ne possédant pas l'esclave, il ne peut, par son intermédiaire, acquérir la possession. « Si vous possédez de bonne foi mon « esclave, et si cet esclave acquiert une chose qui lui est « livrée, dit la loi 21 pr. D., *De adq. rer. dom.*, liv. 41, « t. 1, Proculus déclare que la chose n'est pas à moi parce « que je ne possède pas l'esclave. »

Enfin la même solution s'impose encore dans le cas où l'esclave vit en état de liberté : il n'acquiert pas la possession pour son maître : tout ce qu'il peut faire, c'est posséder pour une personne déterminée, comme le ferait une personne libre, en indiquant pour qui il possède.

« L'esclave, vivant en liberté, dit Paul dans la loi 31, § 2 « D., *De usurp. et usuc.*, liv. 41, t. 3, n'acquiert pas la « possession pour lui, et personne ne l'acquiert par son « intermédiaire : toutefois, si, pendant qu'il vit en liberté, « il acquiert la possession au nom d'une personne, il l'ac- « querra pour cette personne. »

Il n'y a là en effet que la conséquence des règles étu-

[1] Le mot *corporaliter*, employé par le texte, montre qu'il s'agit d'un esclave constitué en gage et non d'un esclave hypothéqué : en effet, s'il y avait eu constitution d'hypothèque, la solution du texte ne pourrait être appliquée, le constituant ne perdant pas la possession de la chose par le fait même de la constitution.

diées quand je me suis occupé de la conservation de la possession des esclaves à savoir que, si le maître conserve la possession de son esclave quand il est en fuite, il n'en est plus de même quand cet esclave est appréhendé par un tiers ou quand de bonne foi il se croit libre.

L'application de cette règle aurait conduit à dire que l'esclave qui intente un *judicium liberale* ne peut acquérir à son maître la possession durant le procès : en effet on a vu que, durant le procès, cet esclave est considéré comme libre, et par conséquent n'est pas possédé par le maître. Mais on sait que, sur ce point, il y a eu dérogation aux principes, de telle façon que, bien que ne possédant pas l'esclave durant le procès, le maître bénéficie de tous les avantages que devait procurer la continuation de la possession[1]. Je rappelle d'ailleurs que c'était aussi la solution admise par les Proculiens pour le *servus fugitivus,* les jurisconsultes décidant que l'esclave en fuite n'était plus possédé par le maître[2].

Remarquons que, si pour acquérir la possession par l'entremise d'un esclave, il faut le posséder, il n'est nullement nécessaire d'en être propriétaire : aussi la loi 21 pr. D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1, dit explicitement que le possesseur de bonne foi d'un esclave peut acquérir la possession par l'intermédiaire de celui-ci. « Si vous possédez « de bonne foi mon esclave, et si cet esclave achète une « chose qui lui est livrée, Proculus déclare que je n'ac« quiers pas cette chose, parce que je ne possède pas l'es« clave, et que vous ne l'acquérez pas, à moins que l'ac« quisition ne soit faite au moyen de biens vous apparte« nant. »

Par cela même que le jurisconsulte prend soin de dire que le possesseur de bonne foi d'un esclave n'acquiert la possession par l'entremise de celui-ci que dans un cas dé-

[1] V. page 148 et suiv.

[2] V. page 143 et suiv.

terminé, il montre qu'il peut acquérir la possession. Je montrerai bientôt que, si l'acquisition de la possession n'est possible que dans cette hypothèse, c'est parce que, comme je l'ai indiqué plus haut, la possession ne peut être acquise que par ceux qui peuvent acquérir la propriété, de telle façon que le possesseur de bonne foi d'un esclave, ne pouvant acquérir la propriété par l'intermédiaire de cet esclave qu'autant que cette acquisition est faite au moyen de biens lui appartenant, ne peut acquérir la possession que dans les mêmes conditions. Et cette même raison, comme on le verra, explique que le possesseur de mauvaise foi d'un esclave, que le créancier qui a reçu en gage un esclave, ne peuvent, quoique possédant cet esclave, acquérir par lui la possession.

Au reste, ce qui a été dit pour le possesseur de bonne foi d'un esclave est également vrai pour celui qui possède de bonne foi un homme libre qu'il croit esclave : en effet, voici comment s'exprime la loi 7, § 8 D., *Pro empt.,* liv. 41, t. 4 :

« L'homme libre que nous possédons de bonne foi comme « esclave acquiert *ex re nostrà* pour nous par les moyens « qui nous permettent d'acquérir par l'intermédiaire de « notre esclave : ainsi l'usucapion, de même que la tradi- « tion, réalisée par l'intermédiaire de cette personne libre « nous feront acquérir la chose, et si une acquisition est « faite dans l'intérêt du pécule que nous devons conserver, « nous usucaperons la chose même à notre insu. »

Il devait être admis en effet que la possession pouvait être acquise *ex re nostrà* et seulement dans cette hypothèse par l'homme libre que nous possédons de bonne foi, comme par l'esclave d'autrui que nous possédons de bonne foi : en effet, dans les deux cas, il y a possession ; dans les deux cas, on ne pourrait acquérir la propriété qu'autant que l'acquisition aura été faite *ex re nostrà,* au moyen de biens nous appartenant.

On pourrait, il est vrai, vouloir objecter contre cette

solution, que ce n'est que d'une façon tout-à-fait impropre qu'il peut être parlé de la possession d'un homme libre, que l'homme libre ne saurait être susceptible de possession pas plus qu'il n'est l'objet d'un droit de propriété ou de tout autre droit, et par conséquent on serait amené à dire qu'il est impossible d'acquérir la possession par l'intermédiaire de cet homme libre. En réalité, on ne doit pas s'arrêter à cette objection : sans doute, quand un homme libre vit comme homme libre, se prétend homme libre, il ne saurait être question de possession s'exerçant sur lui[1]; mais il en est autrement quand l'homme libre vit comme esclave, se prétend esclave. En matière de possession, on s'en tient à l'apparence, on protège le possesseur non pas parce qu'il est propriétaire, mais parce qu'il apparaît comme tel : l'homme libre se croyant esclave et celui qui se croit son maître se conduisant comme tel, on doit traiter ce dernier comme possesseur, lui reconnaître ce titre provisoirement tant que les choses restent dans cet état, et, s'il est de bonne foi, lui assurer en partie les avantages que confère ce titre.

Ainsi donc, pour acquérir la possession par l'entremise d'un esclave, il faut le posséder : qu'arrivera-t-il dans le cas où une personne exercera sur l'esclave un autre droit que le droit de propriété, le droit d'usufruit, par exemple?

Si on s'en tient rigoureusement à ce principe que, pour pouvoir acquérir la possession par l'intermédiaire d'un esclave il faut le posséder, on doit conclure que l'acquisition de la possession sera impossible : on sait, en effet, que, dans la théorie romaine, la possession n'est autre chose que l'exercice du droit de propriété et que l'on ne peut, par conséquent, donner le nom de possession à l'exercice d'un autre droit réel quel qu'il soit.

Mais on doit convenir que c'est là une solution bien peu justifiable au point de vue rationnel : que l'on exerce la pro-

[1] L. 23, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

priété ou un autre droit réel, n'a-t-on pas toujours la chose à sa disposition physique, quand le droit exercé, comme l'usufruit, donne à celui qui l'invoque la jouissance de la chose? Devait-on dès lors s'en tenir à la conception trop étroite du droit romain en matière de possession et refuser d'une façon absolue à l'usufruitier d'un esclave le droit d'acquérir la possession par l'intermédiaire de celui-ci?

Ces considérations diverses expliquent que, relativement à l'usufruitier d'un esclave, la question ait été controversée au temps de Gaius :

« On se demande, dit ce jurisconsulte au § 94, C. II, si « nous pouvons posséder et usucaper quelque chose par « l'entremise de l'esclave dont nous sommes usufruitiers, « étant donné que nous ne le possédons pas. »

Elles font comprendre également que ces doutes aient ensuite disparu, et que l'on ait reconnu que l'on peut acquérir la possession par l'entremise de l'esclave dont on a l'usufruit.

C'est ce qu'indique Paul, jurisconsulte qui vivait environ un siècle après Gaius, sans laisser entendre qu'il y eût encore des difficultés à cet égard, dans la loi 1, § 8 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Nous pouvons posséder par l'entremise de l'esclave sur « lequel nous avons un droit d'usufruit, de même que « nous acquérons un droit *ex operis suis;* et il n'y a pas à « objecter que nous ne le possédons pas, car il en est de « même pour le fils en puissance. »

Paul, pour justifier cette solution, met en avant une considération dont nous aurons bientôt à constater l'exactitude : nous verrons que le père de famille qui, au droit classique, ne possède pas son fils, peut cependant acquérir par lui la possession. Si on reconnaît que le fils de famille, bien que non susceptible de possession, peut cependant acquérir au *paterfamilias* la possession, on ne voit pas pourquoi l'esclave soumis à un droit d'usufruit ne pourrait pas le faire au profit de son maître.

Au reste cette solution est consacrée par Justinien dans ses *Institutes*, § 4 *in fine*, liv. 2, t. 9 :

« C'est non seulement la propriété que nous pouvons « acquérir par les esclaves sur lesquels nous avons un droit « d'usufruit ou que nous possédons de bonne foi, ou par « les personnes libres qui se considèrent comme nos es- « claves, mais aussi la possession. »

On doit ici faire une observation analogue à celle qui a été présentée à propos du possesseur de bonne foi d'un esclave. Ce n'est pas d'une façon absolue que l'usufruitier peut acquérir la possession par l'intermédiaire de l'esclave sur lequel il a un droit d'usufruit, mais seulement dans le cas où il acquiert *ex re usufructuarii* ou *ex operis suis* : cela s'explique par cette raison que ce n'est que dans ces hypothèses que l'on peut acquérir la propriété par l'intermédiaire de l'esclave dont on a l'usufruit.

67. — Passons maintenant de l'esclave au fils de famille. De même que pour l'esclave, on doit dire que le *paterfamilias* ne pourra acquérir la possession par l'intermédiaire du fils de famille qu'autant qu'il le possédera.

La règle qui vient d'être posée peut tout d'abord surprendre : et en effet cette objection se présente de suite à l'esprit : comment parler de possession à propos d'un fils de famille? Est-ce que la possession n'est pas l'exercice du droit de propriété? Peut-on comprendre qu'il y ait possession par rapport à des choses qui n'admettent pas la propriété? Or le droit que le *paterfamilias* a sur l'enfant placé sous sa puissance n'est pas la propriété, c'est la *patria potestas*. Et d'ailleurs, peut-on ajouter, les jurisconsultes romains disent nettement que le *paterfamilias* ne possède pas son fils : je n'ai, pour le montrer, qu'à rappeler ce que dit le jurisconsulte Paul dans la loi 1, § 8 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, qui vient d'être citée.

Il y est question de l'usufruitier d'un esclave, et on décide que cet usufruitier acquerra la possession par l'in-

termédiaire de cet esclave, sans qu'on puisse, dit le texte, objecter que l'usufruitier ne possède pas l'esclave : en effet, on acquiert la possession par l'entremise du fils de famille, et cependant on ne le possède pas.

Néanmoins il faut, à mon avis, maintenir la règle posée : sans doute, le texte qui vient d'être rappelé le montre, on ne saurait, à l'époque de Paul, prétendre qu'un fils de famille soit susceptible de possession, dans le sens juridique du mot, pour le *paterfamilias :* mais plaçons-nous un siècle plus tôt, au temps de Gaius, et nous verrons qu'à cette époque il était reconnu que le fils de famille était véritablement possédé par le *paterfamilias.* Cela résulte des §§ 89 et 90, C. II, Gaius.

« Nous pouvons, dit Gaius, par l'intermédiaire des per-
« sonnes que nous avons en notre puissance, acquérir non
« seulement la propriété, mais encore la possession : en
« conséquence, nous sommes considérés comme possédant
« les choses dont elles ont acquis la détention : par suite,
« grâce à elles, l'usucapion s'accomplit à notre profit.

« Par l'intermédiaire des personnes que nous avons *in*
« *manu* ou *in mancipio,* nous pouvons acquérir la propriété
« par tous les moyens grâce auxquels nous l'acquérons par
« l'entremise de ceux qui sont sous notre *patria* ou notre
« *dominica potestas;* mais on se demande si on peut par
« ces personnes acquérir la possession, attendu que nous
« ne les possédons pas. »

Ainsi donc si Gaius dit, sans aucune hésitation, que nous pouvons acquérir la possession par le fils de famille que nous avons en notre puissance, et si, d'autre part, il met en doute que l'on puisse acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne que l'on a *in manu* ou *in mancipio,* attendu qu'on ne possède pas ces personnes, c'est que bien évidemment il admet, sans qu'il y ait pour lui de doute à ce sujet, que le fils de famille est possédé par le *paterfamilias.*

Au reste on retrouve dans les textes du droit romain

d'autres décisions qui montrent que, tout d'abord, on a dû regarder le *paterfamilias* comme véritablement propriétaire de son fils, comme pouvant par suite le posséder.

C'est ce que dit Ulpien qui, dans la loi 1, § 2 D., *De rei vind.*, liv. 6, t. 1, nous apprend que le *paterfamilias* peut intenter une *rei vindicatio* ayant pour objet le fils qu'il a en sa puissance :

« Par la *rei vindicatio*, les personnes libres qui sont sous « notre puissance, nos enfants par exemple, ne peuvent « être demandés : on le fait ou par des *præjudicia*, ou par « des interdits, ou par la *cognitio extraordinaria*; et c'est « ce que nous dit Pomponius : il en est toutefois autrement « si la revendication est intentée *adjectà causâ,* c'est-à-dire « avec l'indication de la cause pour laquelle on revendi« que. Si donc un *paterfamilias* revendique son fils avec « une telle *adjectio*, Pomponius paraît bien admettre qu'il « a agi conformément au droit : il déclare en effet que le « *paterfamilias* peut, *ex lege Quiritium*, d'après le droit « civil romain, revendiquer son fils *adjectà causâ.* »

Admettre que l'on peut ainsi, pour demander son fils de famille en justice, se servir de la *rei vindicatio*, n'est-ce pas reconnaître que le père de famille peut être considéré comme propriétaire de son fils, que ce fils est, dès lors, pour lui, susceptible de possession?

Et, d'ailleurs, ce qui montre bien qu'il n'y a pas là une opinion particulière à Pomponius, c'est que les formes mêmes de l'adoption supposent une action fictive en revendication intentée par le père adoptif pour réclamer l'adopté. Gaius, C. I, § 134, décrivant les solennités exigées pour l'adoption, dit qu'après que les mancipations destinées à éteindre la puissance paternelle ont été faites, « l'adoptant « revendique devant le préteur l'adopté, prétendant que « c'est son fils. » Si, pour arriver à l'adoption, on simule une action en revendication, n'est-ce pas parce que, à un certain moment tout au moins, cette action en revendication

pouvait être employée par le *paterfamilias* venant demander son fils?

S'il fallait enfin une autre preuve que le fils de famille était possédé par le *paterfamilias,* nous la trouverions dans le § 9, t. 1, liv. 4, *Inst.* On sait qu'il n'y a *furtum* en droit romain qu'à propos de choses pouvant faire l'objet d'un droit de propriété[1] et ayant un possesseur[2]. Or Justinien, reproduisant d'ailleurs ce que dit Gaius, C. III, § 199, s'exprime ainsi :

« Il peut aussi y avoir *furtum* d'hommes libres; par « exemple, quand une personne nous enlève nos enfants « en puissance. » Or, comment expliquer cette solution? Sans doute on ne peut plus dire, à l'époque de Justinien, que le père de famille est encore considéré comme propriétaire et possesseur de ses enfants en puissance, mais on comprend que si, à une certaine époque, on l'a admis, on ait persisté à dire qu'il pouvait y avoir *furtum* des enfants en puissance.

Ainsi donc, au temps de Gaius, le fils de famille était certainement susceptible de possession pour le *paterfamilias;* par conséquent, on devait, à cette époque, exiger que le fils de famille fût possédé par le *paterfamilias* pour que celui-ci pût, par l'intermédiaire de ce fils, acquérir la possession. En effet, la raison qui justifie cette exigence quand il s'agit de l'esclave, existe aussi bien quand il s'agit du fils de famille : le père de famille n'a pas à sa disposition la chose détenue par le fils de famille, si ce fils de famille n'est pas lui-même à sa disposition.

Plus tard, lorsqu'il ne fut plus admis que le fils de famille était possédé par le *paterfamilias,* il fut impossible de décider que le *paterfamilias* ne pourrait pas acquérir la

[1] Cela résulte de ce que la *contrectatio fraudulosa des res extra commercium* constitue un délit spécial qui n'est pas le *furtum* et qui est prévu et réprimé par la *lex Julia peculatus,* § 9, t. 18, liv. 4, *Inst.* Justinien.

[2] L. 1, § 15 D., *Si in qui test.,* liv. 47, t. 4.

possession par son entremise : Pourquoi priver d'un tel droit le *paterfamilias?* Que fallait-il donc faire? Ne pas prendre le mot posséder dans le sens étroit que lui donnait le droit romain, et déclarer ainsi que le père de famille pourrait posséder par l'intermédiaire de son fils en puissance, tant que ce fils serait à la disposition de son père. On arrive ainsi à prendre le mot posséder dans le sens déjà adopté quand il s'agit de l'usufruitier d'un esclave pouvant acquérir par lui la possession, quoiqu'on ne puisse dire en réalité qu'il le possède, et c'est d'ailleurs le rapprochement que fait Paul dans la loi 1, § 8 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, que j'ai citée. On peut donc dire que, quand le droit romain eut reconnu que le fils de famille n'était pas susceptible de possession, cela ne modifia en rien la règle d'après laquelle le père de famille peut acquérir la possession par l'intermédiaire de son fils en puissance.

Il resterait enfin à parler de l'acquisition de la possession réalisée par l'intermédiaire d'une personne *in manu* ou *in mancipio*. Ce sujet ne nous arrêtera pas : le § 90, C. II, de Gaius, que j'ai déjà cité, déclare que c'est une question controversée que celle de savoir si on peut par l'intermédiaire de personnes *in manu* ou *in mancipio* acquérir la possession, attendu qu'on ne possède pas ces personnes, mais sans aucun doute le droit romain en a reconnu la possibilité le jour où, la possession des fils de famille n'étant plus admise, on continua à décider que la possession pourrait être acquise par eux et où l'on déclara que l'usufruitier, bien que n'ayant pas la possession de l'esclave dont il a l'usufruit, pourrait cependant par son intermédiaire acquérir la possession.

68. — Que conclure de tout cela? C'est que, si on peut maintenir comme exacte au IIIe siècle de notre ère la règle suivant laquelle, pour acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne *alieni juris,* il faut la posséder, c'est à la condition de prendre le mot possession, non pas dans son sens juridique, mais dans cette acception qu'il faut que

cette personne soit à notre disposition, de telle façon que nous soyons à même d'exercer le droit que nous avons sur elle. Après avoir commencé par prendre le mot possession dans un sens très étroit, les Romains sont donc arrivés à lui donner un sens beaucoup plus large. Cela ne doit pas nous étonner, attendu qu'à d'autres points de vue ils ont agi de même : c'est ainsi que le préteur a reconnu la quasi-possession des droits réels autres que la propriété. Partis d'une conception trop étroite de la possession dans laquelle ils ne voient que l'exercice du droit de propriété, les jurisconsultes romains l'élargissent peu à peu, tendant à consacrer la notion actuelle de la possession telle que la définit l'article 2228 du Code civil :

« La possession est la détention ou la jouissance d'une « chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons « par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou l'exerce « en notre nom. »

69. — Je n'en ai pas encore terminé avec l'étude de la règle suivant laquelle, pour pouvoir acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne *alieni juris*, il faut la posséder : il est en effet des hypothèses dans lesquelles exceptionnellement cette condition n'est pas exigée.

Pourquoi en est-il ainsi? Le droit romain, ayant pensé que la protection assurée à la possession constitue un complément nécessaire sans lequel la propriété serait insuffisamment protégée, a dû veiller à ce que tout propriétaire pût se prévaloir des avantages de la possession. Or la possession d'une personne *alieni juris, res facti*, exercice du droit de propriété, suppose nécessairement l'accomplissement ou tout au moins la possibilité d'accomplissement de certains faits par rapport à cette personne[1]. Devrait-on dire

[1] Je raisonne *brevitatis causâ* sur la possession, exercice du droit de propriété : mais, bien entendu, ce qui est exposé est vrai dans les hypothèses à propos desquelles nous avons vu que le droit romain, devenu plus large, avait admis la possibilité d'acquérir la possession par l'in-

dès lors que le propriétaire qui, soit à raison de sa nature même, soit à raison de la situation qui lui est imposée par les circonstances, ne peut accomplir les faits dont il s'agit, ne pourra acquérir la possession par l'intermédiaire de la personne placée en sa puissance?

Cela n'était pas admissible : on a vu que le droit romain qui, en principe, exige l'*animus tenendi* chez celui qui doit acquérir la possession par l'intermédiaire d'un tiers, n'hésite pas à ne pas exiger cette condition toutes les fois que, celui qui doit acquérir la possession ayant tout ou partie de son patrimoine administré par une personne *alieni* ou *sui juris*, l'*animus tenendi* qui lui fait défaut et qu'il ne peut avoir se trouve suppléé par l'*animus tenendi* de cette personne[1]. Or il est facile de constater que, si le droit romain s'en était tenu là, il aurait pris des mesures insuffisantes, et que bien des personnes, à qui il aurait voulu accorder la facilité d'acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui, n'auraient pu le faire par l'intermédiaire de personnes en puissance, étant donné qu'elles ne peuvent les posséder. Les considérations pratiques qui ont amené le droit romain à dire que ces personnes pourraient, par l'intermédiaire d'autrui, acquérir la possession sans avoir elles-mêmes l'*animus tenendi*, devaient nécessairement faire admettre que cette possession sera acquise alors même qu'elles ne posséderaient pas la personne en puissance qui leur fait acquérir la possession, s'il leur est impossible de la posséder.

Quelles sont donc ces hypothèses dans lesquelles le droit romain a été ainsi amené à ne pas exiger que l'on possédât la personne en puissance par l'intermédiaire de laquelle on acquiert la possession?

Étant donné les explications précédentes, cela ne se produira que dans les hypothèses où le droit romain n'exige

ermédiaire d'une personne en puissance, quoiqu'il n'y eût pas, à proprement parler, possession de cette personne.

[1] V. page 205 et suiv.

pas l'*animus tenendi* chez celui qui acquiert la possession par l'intermédiaire d'autrui, et où, de plus, il y a impossibilité pour celui qui doit acquérir la possession de posséder la personne en puissance par l'entremise de laquelle on doit l'acquérir.

Nous remarquerons donc tout d'abord que, rien n'empêchant ceux dont l'état d'esprit est tel qu'ils ne sauraient avoir un *animus tenendi* dont on doive tenir compte, de posséder la personne en puissance qui leur acquiert la possession, le droit romain qui a dû les dispenser d'avoir l'*affectus tenendi* pour qu'ils puissent acquérir la possession, n'a pas eu, au contraire, à les dispenser de l'obligation de posséder la personne en puissance; ici, par conséquent, nous n'aurons à constater aucune dérogation à notre principe.

Mais il n'en est pas de même dans les autres hypothèses dans lesquelles l'*animus tenendi* n'est pas demandé chez celui qui acquiert la possession par autrui : nous allons donc, en exposant les dérogations apportées à la règle qui veut que l'on possède la personne en puissance par l'intermédiaire de laquelle on acquiert la possession, continuer l'étude de ces hypothèses, déjà commencée quand il s'est agi de la nécessité de l'*animus tenendi* chez celui qui doit acquérir la possession par l'entremise d'autrui.

70. — Prenons donc, tout d'abord, l'hypothèse dans laquelle il est question de l'acquisition de la possession réalisée au profit d'un *paterfamilias* en captivité par l'intermédiaire d'une personne en puissance. On doit reconnaître que, pour que cette acquisition de la possession soit possible, il ne suffit pas de décider qu'on n'exigera pas l'*animus tenendi* chez ce *paterfamilias* captif : en effet, tant qu'il est captif, le *paterfamilias* ne possède pas la personne en puissance, ne peut exercer le droit qu'il a sur elle : possédé par l'ennemi, il ne saurait posséder quoi que ce soit. Et l'on doit ajouter que cette impossibilité de posséder

constatée durant la captivité produit ses effets définitivement sans que le *jus postliminii*, invoqué par le captif de retour à Rome, puisse les effacer : en effet, ce n'est qu'à propos des droits que le droit romain a décidé que le captif, de retour à Rome, serait considéré comme n'ayant jamais été captif. Le législateur ne peut pas faire qu'un fait qui n'a pas été accompli le soit cependant ; il ne peut pas faire, par conséquent, que le *paterfamilias* ait possédé son esclave, l'ait eu à sa disposition pendant que lui-même était captif. Aussi les textes disent-ils que quand la personne en puissance a appréhendé une chose *extra causam peculii*, c'est-à-dire quand on est en présence d'une hypothèse qui doit être réglée purement et simplement d'après les principes du droit commun, le *paterfamilias* n'a pas acquis la possession durant sa captivité.

« Ni l'esclave, dit Paul dans la loi 11 D., *De usurp. et* « *usuc.*, liv. 41, t. 3, ni le maître qui est captif, ne possè- « dent la chose appréhendée par l'esclave. »

Mais revenons-en à notre hypothèse; la personne en puissance a possédé *nomine peculii :* les jurisconsultes romains ont alors pensé que le *paterfamilias* captif devait pouvoir acquérir la possession par l'intermédiaire de cette personne en puissance; nous avons déjà vu que, pour obtenir ce résultat, ils reconnurent que l'on n'exigerait pas l'*animus tenendi* que bien certainement ne pouvait avoir le *paterfamilias* captif, mais cela ne suffisait pas ; il fallait ajouter qu'il ne serait pas tenu de posséder la personne en puissance, car, maintenir cette solution, c'était rendre impossible l'acquisition de la possession, le captif ne pouvant posséder quoi que ce soit durant sa captivité. C'est ce qui fut admis; toutefois ce ne fut pas sans certaines difficultés que font connaître les lois 12, § 2 et 29 D., *De cap.*, liv. 49, t. 15 :

« Aucune disposition législative, dit Tryphoninus dans la « loi 12, § 2 D., *De cap.*, liv. 49, t. 15, ne peut faire que le « fait qui a été accompli ne l'ait pas été. Par conséquent,

« l'usucapion est interrompue, lorsque celui qui usucapait « certaines choses, les possédant lui-même, est devenu « captif : il est certain, en effet, qu'il a cessé de posséder. « Quant aux choses qui étaient possédées par l'intermé- « diaire de personnes en puissance, et qui étaient en voie « d'être usucapées, ou qui sont, pendant la captivité, « acquises par ces personnes *nomine peculii,* Julien déclare « que l'usucapion doit être considérée comme se complé- « tant durant la captivité, attendu que ces personnes res- « tent en possession. Marcellus veut qu'il n'y ait pas à s'oc- « cuper du point de savoir si on possédait par soi-même « ou par une personne en puissance. C'est l'opinion de « Julien qu'il faut adopter. »

« Si vous revenez de captivité, dit Labéon dans la loi 29 « D., *De cap.,* liv. 49, t. 15, en pouvant invoquer le *jus* « *postliminii,* vous n'avez rien pu usucaper tant que vous « avez été au pouvoir de l'ennemi. Mais Paul ajoute : Il « en est autrement dans le cas où votre esclave a possédé « quelque chose *peculii nomine* pendant que vous étiez dans « cet état de captivité, et vous pourrez, par suite, continuer « à l'usucaper, attendu que nous possédons la chose même « à notre insu. Par ce moyen, une hérédité peut s'aug- « menter même avant que le posthume qui y est appelé « soit né, même avant que l'hérédité soit acceptée. »

Ainsi donc, Labéon et Marcellus, fidèles aux principes, déclarent qu'un *paterfamilias* captif ne peut, même *peculii nomine,* acquérir la possession par l'entremise de personnes en puissance, tant que dure la captivité, attendu que, pendant ce temps, il ne possède pas ces personnes. Julien, au contraire, Tryphoninus et Paul admettent que la possession peut être ainsi acquise, et la façon même dont les textes sont rédigés, corroborée par cette considération que cette dernière opinion a été adoptée par les jurisconsultes les plus récents, montre que c'est celle qui a définitivement triomphé. Les raisons d'utilité pratique conduisaient nécessairement à ce résultat. Voici par quel raison-

nement Paul explique, dans la loi 29 D., *De cap.,* liv. 49, t. 15, qu'on est arrivé à ce résultat : c'est parce que, dit-il, nous usucapons ces choses même sans le savoir : « *quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus.* » Voici ce que veut faire entendre ce jurisconsulte : si le droit romain a exigé que nous possédions la personne en puissance qui nous fait acquérir la possession, c'est parce que nous n'avons le *corpus* de la chose, nous n'avons la chose à notre disposition qu'autant que nous avons cette personne en puissance à notre disposition. Dès lors, si ce raisonnement est exact, n'est-on pas amené à dire que si, par exception, dans une hypothèse donnée, une personne est admise à acquérir la possession d'une chose dont elle n'a pas la disposition, ce résultat doit se produire quelle que soit la cause qui empêche que cette personne ait la disposition de la chose? Or, nous avons vu que lorsqu'une personne en puissance acquiert une chose *ex causâ peculiari,* le *paterfamilias* la possède et l'usucape, alors même qu'il ignore l'appréhension, alors qu'il n'a pas la disposition de la chose; car, bien certainement, celui-là ne peut être considéré comme étant à même de se servir de la chose, qui ignore qu'il peut le faire. Qu'importe, dès lors, que l'impossibilité de se servir de la chose provienne de ce qu'on ne peut s'en servir parce qu'on est captif ou parce qu'on ignore qu'on peut s'en servir? La même solution doit rationnellement être admise dans les deux cas : on devait, par conséquent, reconnaître que le *paterfamilias* captif acquerra la possession de la chose appréhendée durant la captivité, par la personne en puissance *ex causâ peculiari,* comme il l'acquerrait s'il n'était pas captif, mais ignorait l'acquisition.

J'ai à peine besoin d'ajouter que ce raisonnement ne trouve son application qu'autant qu'on est en présence d'hypothèses dans lesquelles le *paterfamilias* n'a pas la chose à sa disposition par suite de causes n'empêchant pas la personne en puissance de détenir pour le *paterfamilias* : c'est

ce qui se produit au cas d'ignorance ou de captivité du *paterfamilias*. Il est évident que si le *paterfamilias* ne possédait plus la personne en puissance pour une cause d'une autre nature, que si, par exemple, si c'est un esclave qui détient la chose, le *paterfamilias* a cessé de posséder l'esclave soit parce qu'un tiers l'a appréhendé, soit parce que l'esclave se croit libre, ce *paterfamilias*, captif ou non, ne pourrait prétendre acquérir la possession par son intermédiaire : en effet, l'acquisition de la possession suppose toujours que l'*animus* de l'esclave supplée celui du *paterfamilias* et qu'il n'y ait aucun *animus tenendi* contraire à cette acquisition de possession : or, quand l'esclave se croit libre, il a l'intention d'appréhender pour lui-même la chose; quand l'esclave est entre les mains d'un tiers, ce tiers a l'*animus tenendi* pour lui-même : il y a donc un *animus tenendi* contraire à l'acquisition de la possession par le *paterfamilias*. La loi 21 pr. D., *De adq. rer. dom.*, liv. 41, t. 2, déjà traduite, confirme cette observation quand elle dit que je n'acquiers pas par l'intermédiaire de mon esclave possédé de bonne foi par un tiers la possession de la chose qui lui a été livrée parce que je ne le possède pas, sans faire aucune distinction suivant que l'acquisition est faite ou non *ex causâ peculiari*.

71. — L'obstacle qui s'opposait à ce que le *paterfamilias* captif pût acquérir la possession par l'intermédiaire de la personne qu'il avait en sa puissance s'opposait aussi à ce qu'une personne morale pût ainsi acquérir la possession. Et en effet, la possession étant *res facti*, on ne voit pas comment le fait matériel de la possession d'une personne ou d'une chose pourrait être accompli par une personne morale, c'est-à-dire par une pure conception de l'esprit. Aussi certains jurisconsultes, se fondant notamment sur cette impossibilité de posséder les individus placés sous leur puissance qui frappe les personnes morales, avaient-ils admis qu'elles ne pouvaient même *ex causâ peculiari* acqué-

rir ainsi la possession : mais l'opinion contraire l'emporta : c'est ce qu'exposent les lois 1, § 22 et 2 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41 , t. 2[1].

Enfin il reste à parler de l'hérédité jacente : la question se pose de la même façon que pour la personne morale et donne lieu aux mêmes difficultés. L'hérédité jacente ne peut pas plus posséder ses esclaves que la personne morale elle-même : dès lors les principes du droit devraient conduire à déclarer que l'hérédité jacente ne peut pas acquérir la possession par l'intermédiaire du *servus hereditarius.* C'est l'opinion professée par Papinien dans la loi 45, § 1 D., *De usurp.et usuc.,* liv. 41, t. 3 : « Après la mort de son « maître, un esclave faisant partie de l'hérédité a com- « mencé à détenir une chose *peculii nomine :* l'usucapion « commencera au jour de l'adition : comment en effet « pourrait-il y avoir usucapion de ce que le défunt n'a pas « possédé ? »

Papinien semble donc dire que l'hérédité jacente ne peut posséder par l'intermédiaire du *servus hereditarius;* mais, dans un autre texte, il donne la solution contraire, moins conforme sans doute aux principes, mais plus satisfaisante au point de vue pratique : prenons en effet la loi 44, § 3 D., *De usurp.* et *usuc.,* liv. 41, t. 3 :

« Tant qu'il n'y a pas eu adition d'hérédité, le temps « écoulé compte pour l'usucapion, soit que l'esclave héré- « ditaire acquière quelque chose, soit que le défunt ait « commencé à posséder; mais cela n'a été admis que con- « trairement aux principes du droit. »

Le même jurisconsulte adopte donc successivement les deux solutions contraires en montrant que, si les principes du droit conduisent à dire que l'hérédité jacente ne peut acquérir la possession par l'intermédiaire d'une personne en puissance, ce sont des considérations pratiques qui ont fait admettre le contraire.

[1] V. page 211.

On peut résumer les développements précédents en disant qu'une personne sera considérée comme possédant un individu en sa puissance, non seulement quand elle réunira toutes les conditions voulues pour la posséder, mais encore quand, ne pouvant posséder cette personne par suite d'une cause qui n'empêche pas l'individu en puissance de détenir pour elle, elle le posséderait si cette cause disparaissait.

72. — La troisième condition, exigée pour que l'on puisse acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui, consiste en ce qu'on doit avoir à l'encontre de cette personne un droit tel que l'on pourrait par son intermédiaire acquérir la propriété.

L'existence de cette nouvelle condition s'explique aisément : la raison d'être de la protection assurée à la possession commandait de l'admettre. En protégeant le possesseur, j'ai déjà eu l'occasion de le dire souvent, le droit romain a voulu protéger le propriétaire et seulement le propriétaire : il a donc dû refuser le titre de possesseur et les avantages qui en découlent à celui qui ne peut être propriétaire, eût-il la chose à sa disposition, car on protégerait ainsi quelqu'un qui certainement n'est pas propriétaire. Or n'est-ce pas le résultat que l'on consacrerait si on reconnaissait que, par l'intermédiaire d'autrui, on peut acquérir la possession dans des hypothèses où on ne pourrait ainsi acquérir la propriété, si on déclarait que celui qui a, à l'encontre de la personne dont il emploie les services, un droit qui ne lui permettrait pas d'acquérir par son intermédiaire la propriété, pourrait ainsi acquérir la possession?

Exposons maintenant les conséquences qui découlent nécessairement de l'existence de cette nouvelle condition : les textes qui les révéleront établiront que les jurisconsultes n'ont pas méconnu en droit romain les principes invoqués pour justifier l'existence de cette condition et tirés du fondement même de la protection possessoire.

Celui qui a recours au ministère d'autrui pour acquérir la possession peut avoir, à l'encontre de la personne dont il emploie les services, un droit tel qu'il lui soit possible d'acquérir, par son intermédiaire, la propriété en toute hypothèse, sans qu'aucune disposition légale vienne limiter son droit à cet égard. Il est bien évident que, dans ce cas, la condition exigée pour l'acquisition de la possession, dont nous nous occupons maintenant, n'a aucune importance: l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui sera toujours possible comme l'est l'acquisition de la propriété. C'est ainsi que le mandant acquerra toujours la possession par l'intermédiaire du mandataire, puisqu'il pourrait ainsi acquérir la propriété.

C'est ainsi encore que le *paterfamilias* acquerra, en vertu de la *patria potestas*, aussi bien la possession que la propriété par l'intermédiaire de l'enfant placé sous sa puissance. C'est ainsi enfin que le propriétaire d'un esclave, qui a et qui exerce sur cet esclave la *plena in re potestas*, qui acquiert la propriété de tout ce que l'esclave acquiert, acquerra également par lui en toute hypothèse la possession.

Mais il peut se faire aussi que la personne qui veut acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui ait, sur l'individu qui doit acquérir pour elle, un droit tel que, sans doute, elle devient propriétaire par son entremise, mais seulement dans certaines circonstances déterminées : étant donné la règle que nous étudions, on dira que la possession ne sera acquise que dans les conditions où l'est la propriété.

Si l'on se reporte aux §§ 91-94, C. II, Gaius et au § 4, t. 9, liv. 2, *Inst.* de Justinien, on voit que l'usufruitier, le possesseur de bonne foi d'un esclave ou d'un homme libre possédé de bonne foi comme esclave, acquièrent par l'entremise de cet esclave la propriété, quand l'acquisition est faite au moyen de biens leur appartenant ou par suite du travail de l'esclave, que le nu-propriétaire de l'esclave

grevé d'usufruit acquiert, par l'intermédiaire de celui-ci, la propriété de tout ce qui est acquis en dehors de ces deux causes. On devra dire qu'il en sera de même en ce qui concerne l'acquisition de la possession : l'usufruitier, le possesseur de bonne foi de l'esclave ou de l'homme libre possédé de bonne foi acquerront la possession si l'acquisition a été faite *ex re suâ* ou *ex operis servi aut hominis;* le nu-propriétaire de l'esclave grevé d'usufruit acquerra la possession par l'intermédiaire de celui-ci en vertu de toute autre cause. Et c'est ce qui est admis par Gaius, C. II, § 94 *in fine* et par Justinien, § 4 *in fine*, t. 9, liv. 2[1].

Enfin il est des personnes qui, bien qu'ayant un droit sur un tiers, sont cependant dans l'impossibilité d'acquérir la propriété par l'intermédiaire de ce tiers en quelque circonstance que ce soit. On devra reconnaître, dans ces hypothèses, que ces personnes n'acquerront pas plus de cette façon la possession qu'elles n'acquièrent la propriété.

C'est ce qui se produit pour le créancier qui a reçu en gage un esclave; quoique possédant l'esclave, il ne pourra par son entremise acquérir la possession, attendu qu'il ne pourrait ainsi acquérir la propriété. C'est d'ailleurs ce que dit expressément la loi 1, § 15 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2. Après avoir dit dans cette loi que le propriétaire constituant du gage ne peut par l'intermédiaire de l'esclave acquérir la possession, il ajoute :

« Et le créancier gagiste ne le pourra pas non plus : en « effet, quoique possédant l'esclave, il ne peut acquérir par

[1] On remarquera que Gaius et Justinien ne disent rien des acquisitions de possession devant profiter au propriétaire de l'esclave possédé de bonne foi possédé par un tiers ou à l'homme libre possédé de bonne foi. Relativement au propriétaire de l'esclave possédé de bonne foi par un tiers, on doit reconnaître qu'il ne pourra jamais acquérir la possession par son intermédiaire, parce qu'il ne le possède pas, ne l'a pas à sa disposition; quant à l'homme libre possédé de bonne foi, c'est une question controversée sur laquelle nous reviendrons que de savoir s'il acquiert la possession pour lui-même, dans le cas où il ne l'acquiert pas pour celui qui le possède.

« son entremise aucun droit, ni par stipulation, ni d'au-
« cune autre façon. »

Ainsi donc pour que l'acquisition de la possession puisse être réalisée par l'intermédiaire d'un tiers, trois conditions sont exigées dans la personne qui doit acquérir la possession. Elle doit :

1° Avoir l'*animus tenendi.*

2° Posséder ce tiers.

3° Avoir sur ce tiers un droit tel qu'elle pourrait par son entremise acquérir la propriété.

73. — Passons maintenant à l'étude des conditions qui sont demandées chez celui qui a recours à l'intermédiaire d'autrui pour conserver la possession : c'est là un sujet qui d'ailleurs ne nous retiendra pas longtemps.

Revenant à l'idée fondamentale qu'exprime Paul dans la loi 3, § 12 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, et dans le § 1, t. 2, liv. 5 de ses *Sentences,* d'après laquelle on peut posséder par l'intermédiaire d'autrui, mais à la condition que l'on ait l'*animus tenendi* relativement à la chose, nous dirons que celui qui veut conserver la possession par l'intermédiaire d'autrui doit, relativement à l'*animus,* réunir les conditions exigées pour la conservation de la possession quand c'est le possesseur lui-même qui détient la chose. Par conséquent, la possession conservée par l'intermédiaire d'autrui sera perdue le jour où l'*affectus tenendi* qu'a dû avoir le possesseur, pour acquérir la possession, aura été *in contrarium actus,* aura fait place à l'*affectus non tenendi.* C'est là en effet la règle que nous avons posée quand il s'est agi de la conservation de la possession effectuée par le possesseur lui-même : les textes de Paul qui viennent d'être rappelés montrent que c'est également la règle qui doit s'appliquer quand la possession est conservée par le ministère d'autrui. J'ai eu d'ailleurs, quand je me suis occupé de la conservation de la possession exercée par le possesseur lui-même, à citer des textes qui éta-

blissent la vérité de la proposition émise. C'est ainsi notamment que dans la loi 40, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, Africain décide que celui qui possède par l'intermédiaire d'un fermier ne cesse pas de posséder par ce seul fait que le fermier vient à mourir, mais seulement quand le *dominus* aura montré de la négligence pour recouvrer la détention. Qu'est-ce à dire, sinon que la possession ne sera perdue *animo* pour le *dominus* qu'au moment où, par suite de sa négligence, il aura montré que l'*affectus tenendi* qu'il avait auparavant a fait place à l'*affectus non tenendi?*

Remarquons que cette règle d'après laquelle il faut, pour que la possession soit conservée par l'intermédiaire d'autrui, que, chez le possesseur, l'*affectus non tenendi* n'ait pas succédé à l'*affectus tenendi,* s'applique d'une façon absolue, ne comporte aucune exception, à la différence de ce qui se produit à propos de la règle relative à l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui et exigeant que l'*affectus tenendi* existe chez celui qui acquiert ainsi la possession. En effet, pour permettre à tout propriétaire d'avoir à son service ce complément de protection qu'assure la possession, le droit romain a dû reconnaître que le propriétaire, incapable de volonté, ne pouvant avoir l'*animus tenendi,* deviendrait néanmoins possesseur, l'*animus tenendi* de celui qui veille à ses intérêts suppléant à l'*animus tenendi* qu'il ne saurait avoir [1]. Or rien de pareil n'est nécessaire à propos de la conservation de la possession. L'absence complète de volonté chez le propriétaire qui, si l'exception qui vient d'être rappelée n'avait pas été admise, aurait empêché qu'il acquière la possession, ne s'oppose nullement à ce qu'il puisse la conserver. C'est ce que nous avons vu quand nous nous sommes occupés de la conservation de la possession exercée par le possesseur lui-même : c'est ainsi que l'*infans* et le *furiosus* sont présentés par les textes comme

[1] V. page 205 et suiv.

pouvant continuer à posséder la chose qu'ils détiennent[1], qu'il en est de même pour les personnes morales[2], étant donné que ces différentes personnes, étant incapables de volonté, l'*affectus non tenendi* nécessaire pour qu'il y ait perte de la possession ne pourra remplacer l'*affectus tenendi*. Puisque, relativement à l'*animus*, qu'il s'agisse de l'acquisition ou de la conservation de la possession, les règles sont les mêmes pour le possesseur, qu'il ait ou non recours à l'intermédiaire d'autrui, il n'y avait aucune raison pour apporter une dérogation à la règle posée.

En dehors de cette condition relative à l'*animus*, la conservation de la possession par l'entremise d'autrui exigera les autres conditions demandées pour l'acquisition : il faudra donc que le possesseur continue de posséder, d'avoir à sa disposition la personne par l'intermédiaire de laquelle il possède, qu'il continue d'avoir à l'encontre de cette personne un droit qui lui permette d'acquérir par son entremise la propriété. Les raisons qui en expliquent l'existence quand il s'agit de l'acquisition de la possession se retrouvent en effet également quand il s'agit de la conservation : il est donc inutile d'insister à cet égard. Au reste, les textes mettent ces solutions hors de doute : c'est ainsi que, quand j'ai recherché à quelles conditions on conservait la possession d'un esclave, j'ai cité bien des textes qui, par cela même qu'ils s'occupent en même temps et de la conservation de la possession de l'esclave et de la conservation de la possession des choses que l'esclave détient, montrent qu'on ne conserve la possession de la chose détenue par cet esclave qu'autant qu'on le possède[3].

[1] V. page 127.
[2] V. pages 127 et 128.
[3] V. pages 144, 145, 146, etc.

SECTION II.

Conditions exigées chez le détenteur.

74. — L'idée fondamentale qui doit servir à déterminer quelles sont les conditions exigées chez le détenteur pour qu'il acquière ou conserve la possession pour autrui est que le détenteur possède, mais possède pour lui : c'est lui en effet qui exerce le droit de propriété, mais en fait il l'exerce dans l'intérêt d'autrui.

Le détenteur possède : par conséquent, pour devenir détenteur, il faudra réunir toutes les conditions exigées de celui qui veut devenir possesseur : pour continuer à être détenteur, il faudra observer celles qui sont nécessaires pour la conservation de la possession. Toutefois il ne sera nullement demandé qu'aucune règle de droit n'empêche celui qui doit devenir détenteur d'être propriétaire de la chose qu'il veut détenir : en effet pourquoi imposerait-on cette condition ? En permettant à un individu qui ne peut devenir propriétaire d'être détenteur, il n'est pas à craindre qu'on accorde ainsi la protection assurée à la possession à quelqu'un qui n'est certainement pas propriétaire, puisque ce n'est pas lui qui doit en bénéficier.

Le détenteur possède pour autrui : par conséquent, ce ne sera qu'autant que le détenteur exercera le droit de propriété au nom de la personne qui doit, par son intermédiaire, acquérir ou conserver la possession que la possession sera acquise ou conservée au profit de cette personne.

Ces notions générales présentées, étudions avec plus de soin ces conditions exigées du détenteur.

75. — Le détenteur doit, ai-je dit, pour devenir détenteur ou pour continuer à l'être, réunir les conditions déjà

indiquées pour l'acquisition ou la conservation de la possession, sauf en ce qui concerne l'absence de notre règle de droit empêchant celui qui doit être possesseur d'être propriétaire.

En ce qui concerne le *corpus*, la vérité de la proposition est établie notamment par la loi 3, § 12 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, qui dit : « Nous pouvons d'ailleurs posséder *animo nostro, corpore alieno.* » Cette solution s'imposait : comment comprendre que nous soyons considérés comme possédant une chose qui ne serait nullement à notre disposition, alors que nous n'en aurions la détention ni par nous-mêmes, ni par l'intermédiaire de la personne chargée de la détenir, de nous en acquérir ou de nous en conserver la possession?

En ce qui concerne l'*animus*, il semble tout d'abord que la loi 3, § 12 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, démontre qu'il n'est pas nécessaire chez le détenteur, et qu'elle vienne, par conséquent, sur ce point, à l'encontre de la proposition qui a été émise, à savoir que le détenteur doit réunir les conditions exigées du possesseur. En effet, pour posséder par l'intermédiaire d'autrui, il n'est besoin, d'après cette loi, que de l'*animus tenendi* du possesseur et du *corpus* du détenteur; il n'est nullement parlé de l'*animus tenendi* de celui-ci. Mais il est facile de faire voir que l'on n'est nullement autorisé à tirer cette conclusion du texte : la loi citée, après avoir dit que nous possédons *animo nostro, corpore alieno* ajoute : « Et nous ne devons pas être ébranlés « par cette considération que nous possédons à notre insu « certaines choses, par exemple celles que nos esclaves acquièrent *peculii nomine;* en effet, nous sommes considérés « comme les possédant au moyen de leur *corpus* et de leur « *animus.* »

Cette observation faite par Paul montre que, dans cette loi, ce jurisconsulte voulait insister sur cette idée que celui qui possède par l'intermédiaire d'autrui doit avoir l'*animus tenendi*, puisqu'il s'empresse d'ajouter que l'exception qu'il

indique ensuite ne détruit pas le principe : en réalité, Paul ne se préocupait nullement de la question de savoir si le détenteur devait lui aussi avoir l'*animus tenendi*.

La loi 3, § 12 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, est donc, en réalité, étrangère à notre sujet : elle ne contredit pas la proposition émise, d'après laquelle le détenteur, acquérant la possession pour autrui ou conservant pour autrui la possession, doit, comme le possesseur lui-même, satisfaire aux conditions exigées quant à l'*animus* : il reste maintenant à en établir le bien-fondé.

On remarquera tout d'abord que, si nous ne possédons pas par nous-mêmes, nous devons posséder par l'intermédiaire d'une personne, et que nous ne pourrions obtenir ce résultat par l'intermédiaire d'un animal par exemple. Pourquoi en est-il ainsi, si ce n'est parce que le droit romain a voulu que la détention nécessite l'intervention de la volonté du détenteur? Cette exigence du droit romain, déclarant qu'on ne peut avoir recours qu'au ministère de l'homme, c'est-à-dire d'un être intelligent, pour posséder autrement que par soi-même, n'est-elle pas une preuve bien manifeste que le détenteur doit, pour être tel, faire œuvre de volonté?

Le droit romain devait nécessairement avoir cette exigence : en effet si, pour posséder par intermédiaire, j'ai recours aux services d'une personne libre, on ne saurait comprendre que cette personne libre fût un instrument inconscient, appréhendant la chose, en devenant détenteur sans le savoir, continuant à l'être même si elle ne le voulait plus. A moins de créer une véritable singularité en matière de possession, le droit romain devait aussi tenir compte de la volonté, de l'*animus* de la personne en puissance possédant pour nous. C'est en effet un point digne de remarque que, toutes les fois qu'une personne en puissance est appelée à figurer dans un acte juridique, on prend en considération sa volonté. Cela se produit en matière d'acquisition de droits réels, pour la mancipation, par exemple : en

effet on ne peut obliger une personne en puissance à accomplir les formalités exigées, si elle ne veut pas le faire : il en est de même en matière d'acquisition de droits personnels, car on ne peut pas non plus contraindre malgré elle la personne en puissance à conclure le contrat qui doit faire naître ce droit; il en est ainsi enfin en matière de succession, le *paterfamilias* ne pouvant faire adition de l'hérédité déférée à la personne en puissance instituée quand celle-ci se refuse à le faire[1]. Pourquoi aurait-on admis une autre théorie en matière de possession? Puisque, dans les autres actes juridiques, le droit romain exigeait que la volonté de la personne en puissance jouât le même rôle que si elle avait été *sui juris,* il devait en être de même en matière de détention : le détenteur devait donc réunir les conditions exigées du possesseur, non seulement en ce qui concerne le *corpus,* mais aussi en ce qui concerne l'*animus.*

Aussi des textes proclament la nécessité de cet *animus* chez le détenteur.

« D'ailleurs, dit la loi 1, § 9 D., *De adq. vel amitt. poss.,* « liv. 41, t. 2, celui par l'entremise duquel nous voulons « posséder, doit être capable d'avoir l'*animus possidendi.* »

« En conséquence, ajoute la loi 1, § 10 D., *De adq. vel* « *amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, si vous envoyez un esclave *furiosus* pour entrer en possession, vous ne serez pas réputé « avoir acquis la possession. »

76. — Il est donc établi que le détenteur, étant donné qu'il possède, doit réunir toutes les conditions exigées du possesseur. Mais j'ai ajouté, et ceci n'a pas besoin d'être démontré, que le détenteur possède pour autrui : il faut rechercher si cette notion nouvelle n'est pas de nature à entraîner quelques modifications aux conséquences découlant de l'idée que le détenteur possède.

[1] L. 3 C., *De hered. inst.,* liv. 6, t. 24.

77. — Et tout d'abord occupons-nous de l'acquisition de la détention, nous parlerons ensuite de la conservation.

Des développements qui ont été présentés, il résulte que celui qui doit devenir détenteur, possesseur pour autrui, doit avoir, comme celui qui devient possesseur pour lui-même, le *corpus* et l'*animus*.

En ce qui concerne le *corpus*, je n'ai rien de spécial à dire : on ne voit pas en quoi les conditions nécessaires à ce point de vue pour qu'il y ait possession seraient susceptibles de varier suivant que le possesseur acquiert la possession pour lui-même ou pour autrui.

Mais il n'en est pas de même relativement à l'*animus*. En effet, celui qui veut acquérir la possession pour autrui doit sans doute, lui aussi, avoir l'*animus tenendi*, l'intention d'avoir la chose à sa disposition, mais non pas comme le possesseur qui acquiert lui-même la possession, en vue de s'en assurer les avantages. Cette intention d'avoir la chose à sa disposition, il l'a dans le but d'en faire acquérir les avantages à un tiers. Il n'a donc pas l'*animus tenendi pro se* que l'on rencontre chez celui qui possède pour lui-même; il a l'*animus tenendi pro alio*. Le détenteur n'acquiert donc la possession pour autrui, pour celui qui emploie ses services, que si, au moment où il appréhende la chose, il a l'*animus tenendi* pour la personne qui a recours à son ministère.

78. — Mais cette solution, qui, bien certainement, ne saurait faire aucune difficulté au point de vue des principes, n'est pas sans donner naissance à de graves objections au point de vue pratique.

Et tout d'abord celui qui a recours aux services d'une tierce personne pour acquérir ou pour conserver la possession, ne va-t-il pas être à la merci de ce tiers? En effet, le tiers peut, en appréhendant la chose, avoir aussi bien l'intention de la posséder pour lui-même ou pour une autre personne, que l'intention de la posséder pour celui

qui l'a chargé de le faire : ne dépend-il pas dès lors de ce détenteur de tromper toutes les espérances de celui qui comptait ainsi devenir possesseur ou conserver la possession?

En outre n'y aura-t-il pas en fait de grandes difficultés à établir si, au moment où il a appréhendé la chose, ce détenteur avait précisément l'*animus tenendi* pour celui qui voulait par son intermédiaire acquérir ou conserver la possession?

Pour apprécier la portée et la valeur de ces objections, il faut distinguer suivant qu'on a eu recours au ministère d'autrui pour conserver la possession ou pour l'acquérir.

Supposons en premier lieu qu'un détenteur soit constitué par un possesseur voulant ainsi continuer à posséder non plus par lui-même, mais par l'intermédiaire d'autrui : il s'agit donc d'une personne qui, jusqu'à ce moment, a possédé par elle-même et qui se décide à remettre la chose entre les mains d'un détenteur qui lui conservera la possession. Dans ce cas, les objections présentées n'ont aucune importance : il n'y avait pas à en tenir compte.

En effet, cette remise de la chose peut tout d'abord être faite à une personne en puissance : dans ce cas cette chose remise ainsi par le *paterfamilias* à la personne en puissance fait nécessairement partie du pécule confié à cette personne, des biens qu'elle est chargée d'administrer : cela montre nettement qu'au moment où la personne en puissance a reçu la chose, elle avait l'*animus tenendi pro patrefamilias*. Pour qu'il en soit autrement, il aurait fallu que la personne en puissance se fût exprimée formellement à cet égard au moment où elle a reçu la chose, qu'elle eût alors déclaré qu'elle entendait ne pas posséder pour le *paterfamilias*, et il est bien évident que le *paterfamilias* averti n'aurait pas confié la détention de la chose à cette personne en puissance qui a dit ne pas vouloir posséder pour lui.

Et si l'on suppose que le possesseur a remis la chose à une personne qui n'est pas en sa puissance pour continuer

à posséder par son intermédiaire, cette remise sera effectuée en exécution d'un contrat passé avec elle, qui établit que nécessairement le détenteur a l'*animus tenendi* pour le possesseur qui lui remet la chose, au moment où il devient détenteur.

On le voit donc, dans les deux cas, c'est-à-dire toutes les fois qu'il s'agit de la conservation de la possession par l'intermédiaire d'un tiers *alieni* ou *sui juris*, les dangers signalés ne seront nullement à craindre au moment même où commence la détention. Mais il n'en sera pas de même quand on veut ainsi, par l'intermédiaire d'un tiers, acquérir la possession. En effet, dans ce cas, ce n'est plus de celui qui veut posséder par son entremise que l'*accipiens* reçoit la chose; ce n'est plus en vertu d'une cause qui présuppose nécessairement chez l'*accipiens* l'intention de posséder pour le véritable possesseur qu'il la reçoit : l'*accipiens* reçoit la chose d'un tiers, et, puisqu'il s'agit d'acquérir la possession, il la reçoit de ce tiers en vertu d'une cause qui doit avoir pour effet, en faisant perdre la possession au *tradens*, de la faire acquérir à celui à qui la chose est remise. Ne dépend-il pas alors de celui dont on emploie les services de n'avoir pas, au moment où il appréhende la chose, l'*animus tenendi* pour celui qui a recours à son entremise, et par conséquent d'acquérir ou non pour celui-ci la possession suivant son caprice? N'y aura-t-il pas de bien grandes difficultés de preuve à l'effet d'établir quel était réellement l'*animus* de l'*accipiens* au moment où il a reçu la chose? Les objections soulevées au point de vue pratique ont donc ici une grande valeur.

Cependant, la première des deux considérations qui viennent d'être signalées, à savoir que celui qui a recours aux services d'un tiers est ainsi, quant à l'acquisition de la possession, à la merci de ce tiers, n'a pas paru à la majorité des jurisconsultes romains, suffisante pour qu'on déroge aux principes. Voici, en effet, ce que dit Julien dans la loi 37, § 6 D., *De adq. rer. dom.*, liv. 41, t. 1 :

« Comme vous voulez me faire une donation, je vous « demande de livrer la chose qui en fait l'objet à un esclave « commun à moi et à Titius, et cet esclave la reçoit, vou- « lant la faire acquérir à Titius : il n'y a rien de fait. Car, « si vous avez livré la chose à mon mandataire pour qu'elle « devienne mienne, et s'il la reçoit dans l'intention qu'elle « soit à lui, il n'y aura rien de fait. Et si l'esclave commun « a reçu la chose dans l'intention qu'elle appartienne à ses « deux maîtres, il n'y a rien de fait en ce qui concerne « l'autre maître. »

Julien suppose donc que celui qui doit recevoir une chose d'une autre personne charge celle-ci de la remettre, d'en faire la tradition à son esclave ou à un mandataire. Si l'esclave, le mandataire, reçoivent la chose dans l'intention de la faire acquérir au maître ou au mandant, il n'y a aucune difficulté : le maître, le mandant, acquièrent ainsi la possession, et par la possession la propriété. Mais l'esclave qui se trouve être commun à deux maîtres a, en réalité, reçu la chose au nom de l'autre de ses maîtres; le mandataire a reçu la chose, voulant l'avoir pour lui-même. Dans ce cas, dit Julien, il n'y aura rien de fait : le maître, le mandant qui voulaient obtenir la possession, et par suite la propriété, par l'intermédiaire de l'esclave, du mandataire, ne l'acquerront pas. En effet, l'esclave, le mandataire, ne possèdent pas pour le maître, le mandant, n'ayant pas l'*animus tenendi,* la volonté d'avoir la chose pour ces personnes.

Cette opinion professée par Julien est également exposée par Paul dans la loi 1, § 19 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 :

« Ce que nous avons dit relativement à l'esclave trouve « son application si lui-même a voulu nous acquérir la « possession. Par suite, si vous donnez à votre esclave « l'ordre d'acquérir la possession, et s'il entre en posses- « sion avec l'intention de ne pas acquérir pour vous, mais « pour Titius, la possession ne vous est pas acquise. »

On peut d'ailleurs, à ce texte, joindre le § 20 de la même loi, qui a déjà été traduit[1].

Et cette distinction faite suivant que celui qui reçoit la chose la reçoit au nom de celui qui emploie ses services, ou dans une autre intention, donne l'explication de certains textes qui sembleraient contenir des erreurs. Telle est, notamment, la loi 59 D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1 :

« La chose achetée en exécution du mandat que j'ai « donné ne m'appartiendra pas avant que le mandataire « qui l'a achetée m'en ait fait livraison. »

On pourrait, à première vue, s'étonner de la solution contenue dans ce texte. Le mandataire chargé d'acheter une chose est une personne dont on emploie les services pour acquérir la propriété, et par suite, la possession d'une chose : dès lors, n'est-il pas un détenteur? Et cependant, le texte dit le contraire : l'achat opéré, la tradition de la chose effectuée par le vendeur entre les mains du mandataire acheteur, c'est le mandataire qui est possesseur, qui est propriétaire, et le mandant ne le devient que lorsque le mandataire lui fait remise de la chose. Cette solution, incompréhensible tout d'abord, s'explique fort bien au moyen de la distinction présentée. Si, dans le texte cité, le mandant ne devient pas de suite possesseur et propriétaire, c'est parce que le mandataire a reçu la chose *suo nomine, non cum ea mente ut operam duntaxat suam mandanti accommodaret.* Le mandataire s'est présenté comme achetant pour lui-même, et c'est dans ces conditions que la tradition s'est faite. Mais il ne faut pas hésiter à dire que, si le mandataire s'était présenté comme agissant pour le mandant, que si, par suite, la tradition avait été faite par le *tradens,* voulant faire acquérir au mandant la chose, entre les mains du mandataire, la recevant pour le mandant, celui-ci serait devenu de suite possesseur et par suite propriétaire.

Ni Julien, ni Paul, ni Callistrate n'avaient été amenés,

[1] V. p. 84.

par conséquent, à donner satisfaction à cette considération d'intérêt pratique de mettre le *paterfamilias,* le maître, le mandant, à l'abri des caprices de la personne en puissance ou du mandataire : ils s'en étaient tenus rigoureusement aux solutions commandées par les principes. Mais ce n'a pas été la doctrine admise par tous les jurisconsultes. Ulpien, en effet, professant une théorie contraire, n'a pas hésité à sacrifier les solutions logiques aux solutions pratiques, et à reconnaître que le mandant, le *paterfamilias,* le maître, acquerraient la possession par l'entremise du mandataire, de la personne en puissance, alors même que ces détenteurs auraient eu l'intention de posséder pour une autre personne. C'est ce qui résulte de la loi 13 D., *De don.*, liv. 39, t. 5 :

« Celui qui voulait me faire une donation a livré la chose « qu'il voulait me donner à un esclave commun à moi et « à Titius : l'esclave l'a reçue dans l'intention de l'acquérir « pour mon copropriétaire, ou pour moi et mon copropriétaire. On se demande ce qui va se produire. Je suis d'avis « que, bien que l'esclave ait reçu la chose dans l'intention « de l'acquérir pour mon copropriétaire, ou pour moi et « mon copropriétaire, elle est cependant acquise pour moi « et pour moi seul. De même, si la chose avait été livrée à « mon mandataire par le donateur voulant qu'il acquière « pour moi, tandis que ce mandataire l'a reçue voulant « l'acquérir pour lui-même, il ne fait rien pour lui-même, « mais acquiert pour moi. »

Ulpien décide donc qu'alors même que le mandataire, la personne en puissance auraient l'intention de posséder pour un autre que le mandant, le *paterfamilias* ou le maître, ceux-ci n'en acquerraient pas moins la possession, du moment que telle a été également l'intention de l'aliénateur.

Cette opinion d'Ulpien l'a-t-elle emporté? Il est difficile de se prononcer à cet égard : Paul et Ulpien, qui vivaient à la même époque, sont en désaccord, et Justinien laisse

subsister le doute, puisqu'il insère au Digeste sur ce point des textes contenant des décisions contradictoires.

Reste maintenant à dire quelques mots relativement à la seconde des considérations qui ont été indiquées : étant donné que le détenteur n'acquiert la possession à celui qui l'emploie qu'autant qu'il a pour cette personne l'*animus tenendi* au moment où il appréhende la chose, comment établira-t-on s'il a eu ou non à ce moment cet *animus*[1]?

La difficulté n'existe pas quand le détenteur, au moment de l'appréhension, se sera clairement exprimé à ce sujet : mais qu'admettre s'il n'a rien dit?

Et, tout d'abord, si le détenteur est une personne en puissance, comme il ne peut acquérir la possession pour lui, on doit présumer qu'il a entendu l'acquérir pour les personnes au profit desquelles il pouvait faire cette acquisition : l'esclave, le fils de famille seront donc considérés comme ayant voulu acquérir pour le *dominus*, le *paterfamilias*; et si on suppose qu'il s'agisse d'un esclave ayant plusieurs maîtres ou grevé d'un droit d'usufruit, il sera présumé avoir eu l'*animus tenendi* pour tous ses maîtres, dans la proportion où, d'après les principes du droit, une acquisition faite par lui profiterait à ses maîtres, pour le nu-propriétaire ou l'usufruitier, selon que l'acquisition faite par lui devrait profiter au nu-propriétaire ou à l'usufruitier.

Si le détenteur est une personne libre, je crois qu'à moins d'indications contraires, il devrait être considéré comme ayant voulu acquérir la possession pour lui-même. C'est l'application du principe qui veut qu'en droit romain les conséquences des actes juridiques passés se produisent dans la personne de ceux qui y ont été parties. Sans doute, ce principe peut ne pas être observé en matière d'acquisition de la possession; mais cela ne doit se produire que quand

[1] Dans la théorie d'Ulpien, la question ne se pose pas : on vient de voir que, pour ce jurisconsulte, il est indifférent que le détenteur ait ou non l'*animus tenendi* pour celui qui emploie ses services.

la volonté des parties a été exprimée bien formellement. Or, c'est ce qui n'a pas eu lieu : on ne saurait invoquer, en sens inverse, le mandat donné à la personne libre à l'effet d'acquérir; en effet, ce mandat a seulement pour conséquence nécessaire que le mandataire devenu possesseur devra lui-même ensuite livrer la chose au mandant. D'ailleurs, le mandat est antérieur au moment de l'appréhension, et, à supposer même (ce qui est faux) que le mandat entraînât, au moment même où il a été conclu, la volonté chez le mandataire d'acquérir pour le mandant, rien n'empêcherait ce mandataire de changer ensuite de volonté et d'avoir, par exemple, l'*animus tenendi pro se* au moment de l'appréhension. Rien n'établit donc l'*animus tenendi* pour le mandant chez le mandataire : sauf indication contraire exprimée au moment de la livraison à lui faite, le mandataire doit être considéré comme recevant la chose *suo nomine*. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui résulte de la loi 59 D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1, et autres textes analogues qui, supposant un mandataire chargé d'acheter, déclarent ce mandataire possesseur, lors de la livraison à lui faite?

79. — Telles sont donc les conditions exigées de celui qui doit devenir détenteur, telles sont les conséquences qui en résultent au point de vue de l'acquisition et de la conservation de la possession au profit d'une tierce personne : il est temps de se demander à quelles conditions le détenteur conserve la détention et d'examiner quelles seront les conséquences de la cessation de la détention pour celui qui possède par l'intermédiaire de ce détenteur.

Si on s'en réfère à cette idée que le détenteur est un possesseur, qui ne diffère du possesseur véritable que parce qu'il possède pour autrui au lieu de posséder pour lui-même, on dira que ce détenteur continuera à détenir, tant que le *corpus* et l'*animus* exigés pour qu'il devienne détenteur ne seront pas *in contrarium acta*. C'est là la règle

admise pour le possesseur proprement dit : il faut également la proclamer quand il s'agit du détenteur ; reste maintenant à en faire l'application.

80. — Parlons tout d'abord de l'*animus;* le détenteur doit, pour devenir détenteur, avoir l'*animus tenendi pro alio.* Puisque, étant donné la règle posée, il faut, pour que la détention ne continue pas, que l'*animus* soit *in contrarium actus*, on dira tout d'abord que, pour que la détention cesse, pour que celui qui possède par l'intermédiaire du détenteur perde la possession, il ne suffit pas que le détenteur devienne fou ou, d'une façon générale, cesse d'avoir l'esprit assez sain pour avoir cet *animus tenendi.* En effet, on ne saurait dire qu'il y a *animus in contrarium actus;* car le détenteur qui, étant donné son état d'esprit, serait incapable d'avoir l'*animus tenendi* nécessaire pour devenir détenteur, est nécessairement incapable d'avoir un *animus* contraire à l'*animus tenendi* qu'il avait jusque-là. C'est d'ailleurs la solution qui a été admise par le droit romain, quand il s'est agi de la perte de la possession dans le cas où le possesseur exerce lui-même la possession[1]. Les mêmes principes devaient, dans la matière de la détention, conduire aux mêmes solutions. Du reste, il y a à cet égard des textes formels :

« Si, dit la loi 31, § 3 D., *De usurp. et usuc.,* liv. 41, « t. 3, mon esclave ou mon fils possèdent quelque chose, « soit *peculiari nomine*, soit *meo nomine*, mais dans des « conditions telles que je possède, à mon insu, par leur « entremise, et que même j'usucape, et si cet esclave ou « ce fils deviennent fous, on doit admettre que, tant que « les choses restent dans le même état, la possession con- « tinue à mon profit et que l'usucapion se poursuit, comme « cela se produirait, d'ailleurs, par l'entremise de ces « personnes durant leur sommeil. Même solution dans le

[1] V. p. 127.

« cas où ce serait par l'intermédiaire de fermiers que nous « exercerions la possession[1]. »

Mais si l'*animus tenendi* du détenteur n'est pas *in contrarium actus*, parce que ce détenteur devient fou, il subit au contraire ce changement toutes les fois que le détenteur, ou ne veut plus être détenteur, ou veut être possesseur, ou veut enfin être détenteur mais pour une autre personne que celle pour laquelle il détenait auparavant. Dans tous ces cas, en effet, ce détenteur a un *animus* contraire à celui qu'il avait auparavant. Mais alors devra-t-on en conclure que celui qui possède par son entremise a par suite cessé de posséder? Devra-t-on dire que ce détenteur devient ainsi possesseur à dater du moment où il a l'intention de posséder pour lui-même, qu'il devient détenteur pour la personne nouvelle au profit de laquelle il entend dorénavant posséder?

Cela semblerait logique : ne trouvons-nous pas là, en effet, l'*animus in contrarium actus* qui, suivant Paul, doit amener la cessation de l'ancienne possession pour autrui, et qui doit pouvoir, si d'ailleurs les autres conditions exi-

[1] On peut se demander pourquoi, dans ce texte, Paul suppose que l'esclave et le fils de famille possèdent à l'insu du *paterfamilias*. A mon avis, il faut en chercher la raison d'être dans la considération suivante. Le fait de laisser la chose que l'on possède entre les mains d'un détenteur qui est devenu *furiosus* constitue, de la part du possesseur, une négligence prouvant que, chez ce possesseur, l'*animus tenendi* s'est transformé en *animus non tenendi*. Il y a donc là l'application des mêmes idées qui ont fait dire à Pomponius, dans la loi 13 pr. D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, que j'ai étudiée, que celui qui, par négligence, a laissé au fond du Tibre ses pierres qui y ont sombré, a perdu la possession, cette négligence prouvant que l'*animus tenendi* s'est transformé en *affectus non tenendi*. En supposant, dans notre texte, que c'est à l'insu du possesseur que le détenteur possède pour lui, Paul écarte la possibilité d'accuser de négligence le possesseur et empêche, par conséquent, qu'on ne puisse dire qu'il a perdu la possession, parce que, à l'*affectus tenendi*, aurait succédé chez lui l'*affectus non tenendi;* puisque le possesseur ignore que le détenteur possède pour lui, on ne saurait lui reprocher de s'être montré négligent en laissant la chose entre les mains de ce détenteur.

gées sont réunies, permettre de commencer une nouvelle possession.

En réalité les Romains n'ont pas consacré cette solution, si logique qu'elle soit.

Attachant à la possession des effets juridiques importants, et ne voulant pas que, par suite d'un changement de volonté chez le détenteur, le caractère de la possession fût à tout instant capricieusement modifié, le droit romain a décidé que, par son seul fait, celui qui a la chose entre les mains ne pourrait changer le caractère de sa détention ou de sa possession. Destinée à compléter les droits du propriétaire, la possession qui vient en quelque sorte corroborer le droit de propriété, droit de sa nature parfaitement stable, ne répondrait pas aux vues du législateur qui l'a créée, si elle était susceptible de se modifier ou de disparaître par suite d'un pur caprice de celui qui a la chose entre les mains. C'est pourquoi, même dans leur vieux droit, les Romains ont posé la célèbre règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis.* La possession *proprio* ou *alieno nomine* emprunte son caractère au fait qui lui a donné naissance, et celui qui a ainsi la chose entre les mains ne peut à lui seul en changer les caractères.

81. — Au reste cette règle ne doit pas être restreinte dans son application à l'hypothèse qui nous occupe actuellement; elle n'a pas seulement pour effet d'établir que celui qui détient pour autrui ne peut, en voulant posséder pour lui-même ou pour une autre personne, faire perdre la possession à celui pour lequel il possédait antérieurement. Elle a une portée beaucoup plus grande que je dois indiquer, non seulement parce que la théorie de la possession sera ainsi plus complètement étudiée, mais aussi parce que cet exposé contribuera, comme on le verra, à écarter les doutes qui ont été élevés au sujet de l'application qui doit en être faite à notre hypothèse.

Supposons tout d'abord un possesseur possédant par lui-

même et dont la possession n'est affectée d'aucun vice : s'il est de bonne foi au début de la possession, ce caractère persistera alors même qu'après coup il saurait n'être pas propriétaire. Et si en sens inverse nous supposons qu'à l'*initium possessionis* le possesseur ait été de mauvaise foi, la possession subsistera comme possession de mauvaise foi, alors même qu'en fait le possesseur acquerrait la conviction qu'il est propriétaire, de telle sorte que, même devenu de bonne foi, il ne pourra commencer à usucaper. A son début, en effet, la possession a été revêtue d'un caractère qui ne peut disparaître pour cette seule cause qu'un changement s'est opéré dans la croyance du possesseur.

Ces solutions sont exposées dans le § 12, t. 6, liv. 2, *Inst.* de Justinien :

« Une possession prolongée que le défunt avait com-
« mencée se continue au profit de l'héritier et du *bonorum*
« *possessor* même de mauvaise foi. Et si le défunt n'a pas
« été de bonne foi au début de la possession, l'héritier et
« le *bonorum possessor* même de bonne foi ne peuvent pos-
« séder utilement pour l'usucapion. »

Pour comprendre ce texte, il faut se souvenir que l'héritier est à Rome le continuateur de la personne juridique du défunt, que par conséquent il ne commence pas une nouvelle possession mais continue celle du défunt, que, dès lors, quand, à un défunt possédant de bonne foi, succède un héritier possédant de mauvaise foi, ou quand au contraire, à un défunt possédant de mauvaise foi, succède un héritier possédant de bonne foi, c'est absolument comme si la même personne physique possédant une chose devenait de mauvaise foi après avoir été de bonne foi, ou de bonne foi après avoir été de mauvaise foi. Cela dit, on voit que, d'après le texte cité, le caractère de bonne foi que doit avoir la possession pour conduire à l'usucapion s'attache et doit nécessairement s'attacher à la possession au moment même où elle commence, de telle sorte qu'elle continue à être considérée comme de bonne foi même si

plus tard le possesseur devient de mauvaise foi, étant donné qu'à l'*initium possessionis* le possesseur était de bonne foi; et qu'elle restera de mauvaise foi si elle était telle au début, malgré la survenance de la bonne foi qui se serait ultérieurement produite. On le voit, il y a là une solution bien conforme à l'adage : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis*.

A ce texte on peut joindre la décision contenue dans la loi 2, § 12 D., *Pro empt.*, liv. 41, t. 4, qui a déjà été étudiée[1]. Dans la seconde partie de ce texte, Paul et Pomponius supposent qu'un esclave acquiert *peculiari nomine* la possession d'une chose : ils déclarent, ainsi que nous l'avons vu, que, pour déterminer le caractère de la possession, il faut prendre en considération surtout l'état d'esprit de l'esclave, et ils en tirent cette conséquence que, si l'esclave a acquis la possession de mauvaise foi, le maître venant ensuite à posséder par lui-même, par exemple parce qu'il enlève son pécule à l'esclave, ne pourra à ce moment commencer à usucaper en prétendant que, lorsqu'il a appréhendé la chose, il était de bonne foi et se croyait propriétaire.

En cette hypothèse comme dans l'hypothèse précédente, il s'agit d'une possession unique existant au profit du maître et qui, exercée tout d'abord par l'esclave, l'est ensuite par le maître lui-même : le fait qu'au cours de cette possession le maître s'est cru propriétaire ne peut modifier le caractère primitif imprimé à la possession par l'esclave qui l'a acquise *peculiari nomine* et qui savait alors que son maître ne devenait pas propriétaire. L'adage : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* s'oppose à ce que la croyance qu'il est propriétaire survenant chez le maître au cours de la possession en change le caractère. La possession continuera donc à être de mauvaise foi. Et ce qui montre bien que c'est à l'application de cet adage qu'il faut rattacher

[1] V. page 204.

cette solution, c'est la façon même dont s'exprime le jurisconsulte : « *Dicendum est ut eadem causa sit possessionis.* » La *causa possessionis* reste la même, c'est donc que le maître ne peut *sibi ipse mutare potest causam possessionis.* L'emploi même de ces expressions prouve qu'en donnant cette décision le jurisconsulte avait précisément en vue l'adage qui fait l'objet de notre étude.

On pourrait peut-être vouloir combattre l'assertion qui vient d'être présentée en rappelant ce qui se passe au cas d'acquisition des fruits, et dire que ce n'est nullement à la maxime : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis,* qu'il faut rattacher les solutions exposées.

En effet, on pourrait prétendre que le caractère de bonne ou de mauvaise foi de la possession n'est pas établi d'une façon définitive au moment même où la possession a pris naissance, qu'il peut être modifié par suite d'un changement qui se produirait dans la conviction du possesseur, étant donné que le possesseur n'acquiert les fruits que s'il est de bonne foi au moment de leur séparation, mais les acquiert par cela seul qu'il est de bonne foi à ce moment. Ne résulte-t-il pas de là, en effet, que, par suite d'un changement opéré dans la croyance du possesseur, les fruits qu'il a jusqu'alors acquis, parce qu'il était de bonne foi, cesseront de pouvoir être acquis par lui le jour où il cessera de se croire propriétaire, que sa possession de bonne foi jusque-là se transformera en possession de mauvaise foi? Et si on prend l'hypothèse inverse ne sera-t-on pas amené à reconnaître que, puisque le possesseur de mauvaise foi qui n'a pu acquérir les fruits, tant que durait sa mauvaise foi, a pu le faire à dater du jour où il est devenu de bonne foi, la possession de mauvaise foi s'est changée en possession de bonne foi par suite d'un simple changement dans la conviction du possesseur?

Il est, semble-t-il, impossible de concilier ces solutions avec la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis.*

En réalité, cette objection n'est pas aussi sérieuse qu'on pourrait le croire tout d'abord. Ce sont en effet (c'est là un point hors de doute) des considérations d'équité qui ont fait admettre la théorie consacrée par le droit romain relativement à l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi : or les considérations d'équité auxquelles il est fait allusion exigeaient impérieusement que l'on se plaçât au moment de la séparation des fruits pour voir si le possesseur était ou non de bonne foi; en procédant autrement on aurait consacré de très graves injustices. Dès lors on est fondé à dire que les solutions invoquées constituent une dérogation à la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis,* mais ne sauraient nullement être invoquées à l'effet d'en écarter l'application en toute autre hypothèse.

Au reste, en continuant l'étude que nous avons entreprise et en montrant que notre règle a une portée absolument générale, nous établirons qu'elle devait s'imposer aussi bien quand il s'agissait de déterminer si la possession était ou non de bonne foi, que quand il était question de tout autre caractère de la possession. Pourquoi en effet une règle qui s'impose toujours serait-elle écartée, seulement dans le cas où il s'agit de déterminer si la possession est ou non de bonne foi?

Le possesseur qui possède par lui-même, dont la possession n'est affectée d'aucun vice, peut vouloir posséder en vertu d'un titre autre que celui en vertu duquel il possédait jusque-là : la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* s'opposera à ce que ce résultat soit obtenu, personne ne pouvant par son seul fait changer le caractère de sa possession.

Avant de citer les textes qui confirment cette solution, il importe d'établir les hypothèses dans lesquelles on conçoit qu'un possesseur songe à agir ainsi, et l'intérêt qui peut l'amener à le faire. Faisons donc pour un moment abstraction de notre adage; supposons que le droit romain ne l'ait pas connu : on devra reconnaître qu'il ne pouvait dé-

pendre de la seule volonté, du pur caprice du possesseur de changer à son gré le titre de la possession. En effet, le juste titre, n'étant autre chose que le motif juridique tel qu'un contrat antérieur qui explique sa mise en possession, suppose nécessairement l'intervention d'une autre volonté venant s'accorder avec celle du possesseur. Ce changement dans le titre de la possession émanant de la volonté seule du possesseur, n'aurait pu se produire que dans l'hypothèse où il aurait voulu remplacer son titre antérieur par le titre *pro possessore*, où il aurait déclaré que le bien qu'il possédait auparavant *pro emptore* ou *pro donato*, par exemple, serait désormais possédé par lui au titre *pro possessore* ou *pro suo*, c'est-à-dire simplement parce qu'il entend le posséder. Telle est donc l'unique hypothèse dans laquelle le possesseur pourrait changer par sa seule volonté la cause de sa possession si notre règle n'existait pas; il reste à déterminer quel intérêt aura le possesseur à agir ainsi.

En principe, il n'en aura pas; et, par suite, le possesseur ne serait nullement porté à changer ainsi la cause de sa possession : toutefois il en sera autrement dans le cas où il serait à même d'invoquer l'*usucapio pro herede :* c'est ici qu'intervient utilement notre adage. On sait que, contrairement aux principes du droit commun, les biens compris dans une hérédité peuvent être usucapés par celui qui possède un bien héréditaire pendant un an sans qu'il y ait à distinguer entre meubles et immeubles, alors même que la possession ne serait pas fondée sur un juste titre et n'aurait pas commencé de bonne foi[1]. Dès lors supposez qu'un individu possède un bien avec mauvaise foi en vertu d'un titre quelconque, ou bien même qu'il possède ce bien avec juste titre et bonne foi, mais que ce bien soit un immeuble; supposez en outre que, dans ces deux hypothèses, le véritable propriétaire vienne à mourir sans qu'aucun héritier fasse adition d'hérédité. Dans ces conditions, le

[1] V. Gaius, *Inst.*, C. II, § 52-54.

possesseur de mauvaise foi qui ne peut usucaper en vertu de son juste titre, étant donné sa mauvaise foi, le possesseur de bonne foi de l'immeuble qui peut, il est vrai, usucaper en vertu de son juste titre, mais qui ne peut le faire qu'après deux ans de possession, auront intérêt à ne plus invoquer leur juste titre, dans le premier cas pour pouvoir usucaper, dans le second, pour pouvoir usucaper plus vite, et à dire qu'ils possèdent au titre *pro possessore* ou *pro suo* pour invoquer l'*usucapio pro herede*. C'est alors qu'intervient la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* à l'effet d'empêcher cette pratique. De là la loi 19, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Cet adage proclamé par nos ancêtres à savoir qu'on ne « peut à soi-même se changer la cause de sa possession, « doit être considéré comme visant celui qui, conservant « *corpore et animo* sa possession antérieure, a seulement « formé le dessein de posséder en vertu d'une autre cause, « et non celui qui, abandonnant sa possession antérieure, « veut désormais posséder en vertu d'une autre cause. »

Notre principe qui nous a conduit à dire que la possession de bonne foi à son origine ne pouvait se transformer en possession de mauvaise foi, et réciproquement, que le possesseur ne pouvait pas, au cours de sa possession, changer le titre en vertu duquel il possède, va également nous amener à décider que celui qui a une possession vicieuse ne peut pas par sa seule volonté la rendre non vicieuse et réciproquement.

Le point de savoir si une possession est vicieuse ou non doit être examiné au début même de la possession : tant que dure la possession, le possesseur ne saurait en changer le caractère. C'est d'ailleurs ce qui est nettement établi par la loi 40, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« J'ai acheté de bonne foi à Titius votre esclave, et, « une fois livré, je l'ai possédé : ensuite, apprenant que « cet esclave vous appartenait, je l'ai caché de peur que « vous ne me le demandiez : le jurisconsulte déclare que je

« ne serai pas pour cela considéré comme possédant à partir de ce moment cet esclave clandestinement. Et si, en sens contraire, j'avais acheté en connaissance de cause votre esclave à un *non dominus*, et si alors j'avais commencé à le posséder clandestinement, je n'en continuerais pas moins à le posséder clandestinement, même après vous en avoir fait connaître l'achat, à vous véritable propriétaire. »

Ainsi donc, en ce qui concerne le possesseur, quelle que soit la situation envisagée, il est vrai de dire que l'adage : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* empêche le possesseur de changer le caractère de la possession tel qu'il a été établi à l'*initium possessionis*. Passons à l'étude d'un dernier cas d'application de notre maxime en matière de possession : Le possesseur pourrait-il, par sa seule volonté, changer sa possession en détention? Pourrait-il, par cela seul qu'il déclare ne plus vouloir posséder pour lui, mais vouloir désormais posséder pour telle personne déterminée, cesser d'être possesseur et devenir détenteur? Il faut répondre par la négative : la maxime : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* s'y oppose.

Toutefois on doit reconnaître qu'un texte paraît venir bien nettement à l'encontre de la solution proposée : voici en effet ce que dit Celsus dans la loi 18 pr. D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Ce que je possède en mon nom, je puis le posséder au nom d'autrui, car je ne me change pas à moi-même la cause de ma possession : en réalité je cesse de posséder. et, par mon entremise, je rends une autre personne possesseur. Or posséder pour soi-même ce n'est pas la même chose que posséder pour autrui : en effet, le possesseur est celui au nom duquel on possède : le *procurator* ne fait que fournir ses services à autrui pour qu'il possède. »

Celsus ne semble-t-il pas dire dans ce texte que la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* n'empêche nullement que le possesseur puisse changer sa pos-

session en détention, de telle façon que l'ancien possesseur ne soit plus que détenteur de la chose et assure ainsi la possession à celui au nom duquel il veut dorénavant posséder ?

En réalité il est facile de montrer que telle n'est pas la signification du texte. Celsus, dans la loi qui vient d'être citée, suppose bien manifestement que lorsque le possesseur voudra ainsi devenir détenteur, celui pour lequel il veut désormais posséder sera possesseur : *desino possidere,* dit-il, et *alium possessorem ministerio meo facio.* Or ce résultat ne peut se produire si on suppose qu'il y a eu simplement changement de volonté chez le possesseur voulant devenir détenteur. Car, s'il en est ainsi, ce possesseur qui veut être désormais détenteur pour autrui joue le rôle de gérant d'affaires pour celui au nom duquel il veut posséder. Or on sait que ce tiers ne devient possesseur qu'après qu'il a donné sa ratification[1]. Dès lors Celsus suppose nécessairement que ce possesseur, qui a ainsi l'intention de posséder désormais pour autrui, a été amené à cela à la suite d'une entente avec celui qui doit devenir possesseur : ce sera par exemple un propriétaire qui, vendant sa chose, déclare que désormais il possédera pour l'acheteur : il agit alors, quand il détient pour autrui, non pas comme gérant d'affaires, mais comme mandataire. Il est alors naturel que notre adage : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* n'empêche pas la possession de se transformer en détention ; ce n'est pas en effet par sa seule volonté que le possesseur change sa possession en détention : pour que ce résultat se produise, il a fallu nécessairement le concours de celui qui devient ainsi possesseur.

La solution donnée par Celsus n'est donc nullement en opposition avec la règle : *Nemo potest sibi ipse mutare causam possessionis*, mais les motifs donnés par ce jurisconsulte pour l'appuyer ne conduisent-ils pas à reconnaître que

[1] V. page 190.

le possesseur pourrait, par un simple changement de sa volonté, changer sa possession en détention, que l'adage que nous étudions ne doit pas en notre hypothèse trouver son application? En effet, pourquoi, serait-on tenté de dire, Celsus reconnaît-il que, dans l'espèce sur laquelle il raisonne, notre règle ne s'oppose pas à la transformation de la possession en détention? C'est parce que le possesseur cesse de posséder (*desino possidere*); c'est parce que, par conséquent, cet ancien possesseur commence une détention absolument nouvelle; c'est parce qu'il n'y a pas *mutatio possessionis*. Or quand, de sa seule volonté, le possesseur entend posséder pour autrui, ne peut-on pas dire qu'il cesse de posséder, qu'il commence une détention absolument nouvelle, qu'il n'y a pas par suite *mutatio possessionis,* pas plus que quand il devient détenteur à la suite d'une entente intervenue avec celui qui doit être possesseur? Sans doute, dans ce dernier cas, il rend possesseur celui avec lequel il s'est concerté, ce qui ne peut avoir lieu quand c'est de sa propre initiative qu'il veut se constituer détenteur; mais qu'importe cela quand il s'agit seulement de savoir si l'ancien possesseur peut ou non devenir détenteur?

Mais on doit répondre que, si ce raisonnement était admis, il en résulterait que la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis,* n'aurait qu'une existence théorique et ne trouverait jamais son application : dans tous les cas où il s'opérerait une transformation quelconque dans le caractère de la possession, on pourrait dire qu'il y a non pas *mutatio possessionis,* mais cessation de l'ancienne possession remplacée ensuite par une nouvelle. Au lieu de parler d'une possession de mauvaise foi devenant de bonne foi, d'une possession *pro emptore* devenant *pro suo,* d'une possession vicieuse devenant non vicieuse, ce qui est impossible étant donné notre adage, on parlerait d'une possession de mauvaise foi qui disparaît pour faire place à une nouvelle possession de bonne foi, d'une possession *pro emptore*

qui prend fin pour être remplacée par une possession *pro suo*, d'une possession vicieuse qui n'existe plus et laisse se produire une possession non vicieuse. En réalité donc puisque le droit romain a consacré la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis*, puisque dès lors il a entendu lui donner une importance pratique, il a dû reconnaître que cette règle empêche les changements dans le caractère primitif de la possession résultant de la seule volonté du possesseur, que le possesseur soit considéré comme modifiant sa possession antérieure, ou comme recommençant une nouvelle possession.

Le possesseur ne peut donc pas par sa seule volonté devenir simple détenteur : dès lors le détenteur ne doit pas non plus par sa seule volonté devenir possesseur. Nous arrivons ainsi au cas d'application de notre adage qui nous intéresse plus particulièrement : ce qui a été admis relativement à la possession doit l'être également en ce qui concerne la détention : par sa seule volonté, le détenteur ne peut pas plus apporter de changement au caractère de sa détention, que ne pourrait le faire le possesseur quand il s'agit de la possession : il ne peut pas plus la transformer en possession que ne pourrait le possesseur transformer sa possession en détention.

Et c'est ce qui est nettement indiqué par la loi 2, § 1 D., *Pro her. vel pro poss.*, liv. 41, t. 5.

« Cet adage : Nul ne peut se changer à soi-même la « cause de sa possession doit être entendu en ce sens que « le mot *possessio* désigne non seulement la *possessio civilis* « (c'est-à-dire la véritable possession), mais aussi la *possessio naturalis* (c'est-à-dire la détention). Et c'est pour ce « motif qu'il a été décidé que ni le fermier, ni le dépo- « sitaire, ni le commodataire ne peuvent usucaper *pro* « *herede lucrifaciendi gratià*. »

Ainsi donc une personne qui a la détention d'une chose comme commodataire, dépositaire ou locataire ne pourra pas changer ce titre qui ne lui permet que de détenir de

façon à se prétendre possesseur *pro possessore* et à pouvoir ainsi usucaper *pro herede*.

Quelque formel que paraisse être ce texte, la théorie qui vient d'être exposée n'a pas été admise par tous les auteurs. On a en effet prétendu que c'est beaucoup exagérer l'importance de la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* que de l'appliquer d'une façon générale en matière de possession, de manière à empêcher celui qui a une chose entre les mains de changer, à quelque point de vue que ce soit, le caractère de sa possession ou de sa détention[1]. Voici les raisons que l'on a fait valoir à l'appui de cette allégation.

La loi 2, § 1 D., *Pro her. vel pro poss.*, liv. 41, t. 5, déclare seulement que celui qui détient une chose en vertu d'un titre tel qu'il ne peut usucaper, ne peut, par sa seule volonté, changer son titre de façon à pouvoir le faire. C'est là tout ce qui résulte du texte : rien n'autorise dès lors à proclamer que la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* ait une portée plus considérable. Il y a plus, ajoute-t-on; la loi 47 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv 41, t. 2, montre que c'est à cela que doit se limiter l'étendue d'application de cette règle : je ne traduis que le commencement du texte qui seul est intéressant dans la question étudiée.

« Si vous avez résolu, dit cette loi, de ne pas rendre le « meuble qui vous a été confié en dépôt ou en commodat « par moi, il a été décidé qu'aussitôt, même si je l'ignore. « je perdrai la possession, etc. »

Ne résulte-t-il pas de ce texte que, par cela seul que le dépositaire, le commodataire auront résolu de ne pas rendre la chose, de la garder pour eux, la possession cessera d'appartenir à l'ancien possesseur et sera acquise au dépositaire, au commodataire c'est-à-dire à celui qui

[1] V. not. Savigny, *Tr. de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 59 et suiv.

auparavant était détenteur? Or, bien certainement c'est là une solution contraire à la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis.* Dès lors, a-t-on dit, la seule conciliation possible entre cette solution et la règle qui fait l'objet de nos études consiste à restreindre l'application de la règle à l'hypothèse prévue par la loi 2, § 1 D., *Pro her. vel pro poss.,* liv. 41, t. 5, et à refuser de reconnaître à notre adage une portée absolument générale.

Les arguments ne manquent pas pour combattre cette doctrine.

Et tout d'abord on peut faire remarquer que, si l'interprétation donnée à la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* était acceptée, cette règle serait devenue inutile au temps de Justinien, de telle sorte que cet empereur n'aurait pas dû en faire mention dans ses œuvres législatives.

Au point de vue de l'usucapion, celui qui avait une chose entre les mains n'avait sous Justinien aucun intérêt à se changer à lui-même le titre en vertu duquel il possédait ou détenait : cela est évident s'il pouvait déjà invoquer un titre lui permettant d'usucaper, car, sous Justinien, l'usucapion est soumise aux mêmes règles, quel que soit le juste titre invoqué; et si celui qui a ainsi la chose entre les mains ne pouvait se prévaloir que d'un titre ne permettant pas l'usucapion, le remplacement de ce titre par un autre ne lui aurait été en aucune façon utile. En effet, j'ai déjà eu l'occasion d'exposer que celui qui veut se changer à lui-même, par sa seule volonté, le titre en vertu duquel il possède, ne pourrait le faire qu'en changeant son titre en titre *pro possessore* ou *pro suo,* les autres titres supposant toujours, pour qu'ils se produisent, le concours d'une autre personne[1]; or, il est bien certain que, sous Justinien, le titre *pro suo* n'était pas un titre pouvant conduire à l'usucapion.

[1] V. page 258.

Il en était toutefois autrement au temps de Gaius dans un cas particulier, quand il y avait lieu à l'*usucapio pro herede :* ce titre *pro possessore, pro suo* suffisait pour permettre l'usucapion, et nous avons vu que, par suite, tel possesseur qui possédait *pro emptore,* qui, par conséquent, pouvait usucaper d'après les règles générales admises en matière d'usucapion, aurait eu intérêt à posséder *pro possessore* à l'effet d'invoquer les règles particulières de l'*usucapio pro herede* faisant acquérir plus rapidement, plus facilement la possession. Nous avons vu également que tel détenteur qui avait la chose entre les mains, en vertu d'un bail par exemple, aurait été tenté de se changer à lui-même le titre en vertu duquel il avait la chose, et de déclarer qu'il possédait désormais *pro possessore* afin de pouvoir usucaper *pro herede* ce que son titre de locataire l'empêchait d'acquérir par usucapion. Alors intervenait utilement la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* qui empêchait le possesseur *pro emptore,* le détenteur de se prévaloir de l'*usucapio pro herede.* Mais cet intérêt qui existait au temps de Gaius, qui aurait pu suffire à expliquer, comme le veut Savigny, que le droit romain ait consacré cette règle, s'il eût persisté, avait depuis longtemps disparu au temps de Justinien par suite de la disparition même de l'*usucapio pro herede :* aussi les auteurs mêmes qui ont proposé cette explication sont-ils obligés de convenir que notre règle, comprise ainsi, est devenue sous Justinien complètement inutile. Voici notamment comment s'exprime à cet égard Savigny : « Il « est vrai que la règle en question (*Nemo sibi ipse mutare* « *potest causam possessionis*) a perdu en grande partie « sa signification depuis Adrien et complètement depuis « Justinien : aussi le Digeste ne nous en parle-t-il ordi- « nairement que dans les cas où il la déclare inapplica- « ble[1]. »

[1] Savigny, *Tr. de la possession,* trad. Staedtler, 1870, p. 63.

Comment, dès lors, comprendre que Justinien ait inséré de nombreux textes dans le Digeste à l'effet de rappeler une règle de droit qui n'avait plus d'application de son temps, qui, depuis la règle d'Adrien, avait perdu presque toute son importance? Un législateur ne s'occupe que du droit en vigueur à son époque ; sans doute il aurait pu, par inadvertance, insérer dans son œuvre un ou deux textes relatifs à une règle tombée en désuétude ; mais il n'en aurait certainement pas conservé un aussi grand nombre si, de son temps, la règle avait été sans application.

Mais ce n'est pas tout encore : non seulement, l'inutilité que l'on pourrait, à bon droit, reprocher à notre règle, montre qu'on ne doit pas l'interpréter en ce sens qu'elle empêche seulement le possesseur de se changer à lui-même son titre de possession, mais encore les solutions fournies par les textes établissent que la règle doit être comprise en ce sens qu'on ne peut après coup se changer à soi-même aucun des caractères qui affectaient la possession à son origine. Pour le prouver, il suffit de rappeler les décisions qui ont été jusqu'ici présentées. Si une possession de bonne foi ne peut se changer en possession de mauvaise foi et réciproquement, s'il en est de même pour la possession vicieuse ou non vicieuse, cela ne tient-il pas justement à l'application de notre règle? Il y a là la preuve la plus manifeste que la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis*, n'a pas seulement trait au juste titre nécessaire pour l'usucapion, mais a pour objet d'empêcher que celui qui a une chose entre les mains puisse, après coup, modifier aucun des caractères de sa possession.

Et maintenant, en présence de la loi 47 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, doit-on dire que cette portée très générale de notre règle devait tout au moins subir une restriction consistant en ce que, par sa volonté, le détenteur pourra devenir possesseur?

Ce serait arriver à une solution bien bizarre, qu'il serait certainement impossible de justifier rationnellement. D'ail-

leurs, cette solution ne saurait se concilier avec beaucoup de textes, et notamment avec la loi 3, § 18 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Si, en vue de commettre un *furtum*, dit ce texte, vous « avez fait *contrectatio* de la chose que j'ai déposée entre « vos mains, je cesse de posséder; mais, si vous ne la chan- « gez pas d'endroit, et si vous avez seulement l'intention de « nier le dépôt, presque tous les anciens interprètes, et « notamment Sabinus et Cassius, ont déclaré avec juste « raison que je reste possesseur : il n'y a pas, en effet, de « *furtum* là où il n'y a pas *contrectatio*, et on ne commet « pas de *furtum* simplement parce qu'on a l'intention de le « commettre. »

Ainsi donc, celui qui a l'intention de nier le dépôt et par conséquent de posséder par lui-même, ne devient pas pour cela possesseur : il ne suffit donc pas que le dépositaire ait résolu de posséder pour lui-même, pour qu'il devienne possesseur.

Mais alors comment expliquer la loi 47 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2? La solution donnée par la loi 3, § 18 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 42, t. 2, montre que l'on ne doit pas traduire les mots : *Si tibi possidere constitueris* par cette expression : Si vous avez résolu de posséder pour vous; qu'en réalité ils veulent dire : Si vous vous êtes mis en situation de posséder pour vous. Papinien ne se préoccupe nullement dans cette loi, comme le fait Paul dans la loi 3, § 18 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, de déterminer à quelles conditions le dépositaire commencera à posséder : il se préoccupe d'établir, comme le montre l'ensemble de la loi, la différence qu'il y a relativement à la conservation de la possession entre les meubles, en général et les esclaves, et il déclare que, tandis que, quand il s'agit d'un meuble ordinaire, le possesseur en perd la possession dès que le dépositaire *sibi possidere constituerit*, il en est autrement à propos de l'esclave, la possession de l'esclave étant perdue plus difficilement, ainsi que nous

l'avons vu, d'ailleurs[1]. Mais le texte n'est pas écrit en vue de déterminer dans quelles conditions un dépositaire commencera à posséder pour lui-même : pour savoir quand il en sera ainsi, il faut s'en référer aux indications contenues dans la loi 3, § 18 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, qui a précisément pour objet de trancher cette question.

82. — En exposant ainsi toute la théorie de la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis,* j'ai donc établi que celui qui détient pour une personne déterminée, ne pouvant pas, par un simple changement de volonté, changer le caractère de sa possession, ne commencera pas à posséder pour lui-même ou à détenir pour un autre, par cela seul qu'il y aura chez lui *animus in contrarium actus.* Que faudra-t-il donc pour que celui qui possède par l'intermédiaire d'un détenteur perde la possession par suite d'un changement se produisant dans l'*animus* de ce détenteur? Quel élément nouveau devra se joindre à l'*animus in contrarium actus* du détenteur pour produire ce résultat?

La loi 33, § 1 D., *De usurp. et usuc.,* liv. 41, t. 3, répond à la question :

« Cet adage que l'on ne peut, à soi-même, se changer la « cause de sa possession, est vrai toutes les fois qu'une « personne, sachant qu'elle ne possède pas de bonne foi, « commence à posséder en vue de l'*usucapio pro herede :* « et c'est ce qu'établissent les faits suivants : celui qui a « sciemment acheté une chose à un non-propriétaire conti- « nuera à posséder *pro possessore;* mais s'il l'achète au pro- « priétaire, il commencera à posséder *pro emptore* et ne « sera pas considéré comme se changeant à lui-même la « cause de sa possession. Il en serait d'ailleurs de même, « s'il achetait la chose à un non-propriétaire qu'il croirait « propriétaire. De même, s'il était institué héritier par le « propriétaire, ou s'il pouvait invoquer une *bonorum pos-*

[1] V. page 138 et suiv.

« *sessio,* il commencera à posséder le fonds *pro herede.* Bien « plus, s'il a simplement de justes raisons de croire qu'il « est héritier du *dominus* ou du *bonorum possessor,* il pos- « sédera le fonds *pro herede,* n'étant pas considéré comme « s'étant changé à lui-même la cause de sa possession. Et, « si ces solutions sont admises pour le véritable possesseur, « elles doivent l'être *à fortiori* à l'égard du fermier qui ne « possède jamais ni du vivant du propriétaire, ni après sa « mort : certainement, si le fermier, à la mort du proprié- « taire, achète le fonds à celui qui était héritier ou *bonorum* « *possessor* apparent, il commencera à posséder *pro emp-* « *tore.* »

Ce texte met bien en lumière l'importance des mots *sibi ipse* contenus dans l'adage : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis.* Pourquoi dans cette loi Julien dit-il que le possesseur qui veut commencer une nouvelle possession, en vue de profiter de l'*usucapio pro herede,* ne pourra le faire, s'il est de mauvaise foi? C'est parce que, dans ce cas, le possesseur, par le seul effet de sa volonté, par un pur caprice, se trouverait ainsi avoir changé le titre de sa possession. Pourquoi, au contraire, dit-il ensuite que ce même possesseur commencera à posséder *pro emptore,* s'il achète la chose au véritable propriétaire ou à celui qu'il croit tel, à posséder *pro herede,* s'il devient l'héritier ou le *bonorum possessor* du propriétaire, ou s'il a de justes raisons de croire qu'il en est l'héritier ou le *bonorum possessor?* C'est qu'alors ce n'est plus par le seul effet de sa volonté que le possesseur va changer la *causa possessionis :* il y a alors un fait qui s'est produit, fait soit indépendant de la volonté du possesseur, comme cela arrive quand ce possesseur devient l'héritier ou se croit être l'héritier du propriétaire, soit volontaire de sa part mais ne dépendant pas de sa seule volonté et qui explique qu'à la possession ancienne ait succédé une nouvelle possession ayant un autre caractère.

Cela nous explique que Julien, dans la loi 33, § 1 D.,

De usurp. et usuc., liv. 41, t. 3, suppose toujours, quand il y a *mutatio causæ possessionis*, que celui qui a la chose entre les mains est de bonne foi relativement au fait qui amène cette *mutatio causæ possessionis*. Et en effet, s'il en était autrement, ce serait par sa seule volonté que le possesseur se changerait à lui-même la cause de sa possession, par exemple si, à la mort du propriétaire, il se prétendait héritier, sachant qu'il ne l'est pas, ou s'il traitait avec un individu qu'il sait très-bien n'être pas propriétaire.

Il résulte donc du texte analysé qu'en principe le possesseur et le détenteur ne peuvent pas, par le seul effet de leur volonté, changer le caractère primitif de leur possession ou de leur détention. Toutefois, si on s'en tenait là, on donnerait une idée inexacte de cette théorie. En effet j'ai cité un peu plus haut la loi 3, § 18 D., *De adq. vel. amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, qui, supposant qu'un dépositaire, en vue de commettre un *furtum*, fait *contrectatio* de la chose déposée entre ses mains, dit que le déposant cesse par cela même de posséder. N'y a-t-il pas là une *mutatio causæ possessionis* prohibée par notre adage? Est-ce que ce *furtum* commis par le dépositaire n'est pas un acte purement volontaire de la part de celui-ci? Est-ce que, contrairement à la règle posée, le dépositaire ne se change pas à lui-même la cause de sa possession?

Aussi il faut ajouter quelque chose aux explications présentées jusqu'ici.

Lorsque le droit romain a établi l'adage : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis*, il a voulu dire que la seule volonté du possesseur ne serait jamais suffisante pour opérer la *mutatio causæ possessionis*, mais il n'a pas voulu dire davantage. Or y a-t-il simplement volonté du possesseur dans l'hypothèse de la loi 3, § 18 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2? Non, car, dans ce texte, le jurisconsulte a bien soin de dire, que, s'il n'y avait eu que volonté de commettre le *furtum* sans exécution, le dépositaire détenteur n'en resterait pas moins détenteur, quoique vou-

lant désormais posséder pour lui-même : il expose nettement qu'il faut de plus qu'il y ait *contrectatio*, que le *furtum* soit commis. Dès lors, que conclure de là? C'est que si, pour changer la cause de sa possession ou de sa détention, la simple volonté d'obtenir ce résultat existant chez le possesseur ou le détenteur ne suffit pas, cette volonté produira du moins son effet le jour où elle se manifestera par suite d'un fait extérieur qui la fera connaître.

Ainsi donc, nous dirons que si, par application de la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis*, l'*animus in contrarium actus* se produisant chez le détenteur ne suffit pas pour faire perdre la possession à celui qui possède par l'entremise de ce détenteur, que si celui qui possède pour une personne déterminée ne cesse pas de posséder pour cette personne, par cela seul qu'il veut posséder pour lui-même ou pour un tiers, il en sera toutefois différemment dans le cas où cet *animus in contrarium actus* se produira chez le détenteur par suite d'un fait qui ne dépend pas uniquement de sa volonté, dans ce cas également où cet *animus in contrarium actus* du détenteur résultant de sa simple volonté se sera clairement révélé par un fait extérieur.

Au reste notre Code civil n'a fait que consacrer cette théorie :

« Néanmoins, dit l'article 2238, les personnes énoncées « dans les articles 2236 et 2237 (c'est-à-dire les détenteurs) « peuvent prescrire (et par conséquent devenir de vérita- « bles possesseurs) si le titre de leur possession se trouve « interverti soit par une cause venant d'un tiers, soit par « la contradiction qu'elles ont opposée au droit du pro- « priétaire. »

83. — Il vient d'être établi que si, en principe, le possesseur cesse de posséder quand il y a *animus in contrarium actus* chez le détenteur, les conséquences fâcheuses qui en résulteraient pour le possesseur ont été écartées par

l'application de la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* empêchant qu'il ne fût victime du caprice du détenteur. En va-t-il être de même en ce qui concerne le *corpus,* et, après avoir posé comme règle fondamentale que le possesseur doit perdre la possession quand le *corpus* est *in contrarium actum,* quand le détenteur n'a plus, par conséquent, la chose *sub custodia*[1], devons-nous constater à ce sujet également que le droit romain a dû corriger les solutions auxquelles conduirait cette règle et a, par suite, maintenu dans certains cas la possession au possesseur alors même que le détenteur n'aurait plus la chose à sa disposition? Nous allons voir que c'est ainsi qu'il a été procédé.

84. — Supposons tout d'abord que ce soit par suite d'un événement absolument indépendant de la volonté du détenteur que celui-ci ait perdu la détention, n'ait plus la chose *sub custodia,* dirons-nous que le possesseur aura par cela même nécessairement perdu la possession? Posons la question sous une forme concrète. Le détenteur vient à mourir sans laisser d'héritier continuant sa personne et pouvant détenir à sa place. Si l'on applique le principe rappelé à savoir que la possession doit être perdue quand le détenteur n'a plus la chose *sub custodia,* on dira que le possesseur a perdu la possession par suite du décès du détenteur qui ne laisse aucun héritier. On s'aperçoit de suite des inconvénients pratiques que présente cette solution : le possesseur qui s'en est remis à un tiers pour la conservation de la possession, qui par conséquent ne se préoccupe nullement de ce que devient la chose, risque de perdre la possession par suite d'un événement fortuit qu'il peut ignorer, qu'il n'a pu prévoir, la mort du détenteur. Devait-on maintenir une telle conséquence du principe posé? C'aurait été consacrer

[1] V. page 250.

une solution bien critiquable, et l'on peut dire qu'il y aurait eu un véritable abus de logique.

Sans doute, il est vrai que, du jour de la mort du détenteur, le possesseur ne possède plus, comme il le voulait, *corpore alieno*, mais on doit remarquer que la relation juridique qui existait entre le possesseur et la chose possédée n'a pas, pour cette raison, disparu. En effet, pour le prouver, il suffit de constater que, après la mort du détenteur, la chose est à la disposition du possesseur, que celui qui possédait par l'entremise de ce détenteur peut appréhender cette chose s'il le veut, en reprenant le pécule qu'il avait confié à ce détenteur, si ce dernier était un esclave ou un fils de famille, ou en invoquant l'acte juridique, louage, dépôt, commodat, etc., qui avait constitué détenteur le défunt, si c'était une personne *sui juris*. Dès lors, ne peut-on pas dire que, s'il ne possède plus *corpore alieno*, le possesseur possède désormais *corpore suo?*

Aussi, les jurisconsultes romains déclarent-ils que la mort du détenteur ne saurait à elle seule suffire pour faire perdre au possesseur sa possession. C'est ce que dit Africain dans la loi 40, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, dont je me contente pour le moment de traduire le début :

« Des considérations d'utilité pratique ont fait admettre « que si le fermier, par l'intermédiaire duquel le proprié- « taire possédait vient à mourir, la possession serait encore « conservée par l'intermédiaire de ce fermier : en effet, « après sa mort, on ne doit pas dire que de suite la pos- « session est interrompue, mais seulement quand le pro- « priétaire aura négligé d'appréhender la chose. »

Ce texte confirme nettement les explications qui ont été données. Je viens, en effet, de montrer que l'application stricte des principes aurait conduit à dire que la mort du détenteur fait cesser la possession : aussi, Africain déclare-t-il que ce sont des considérations d'utilité pratique qui ont fait admettre la solution contraire. J'ai ajouté qu'il y aurait

eu un abus de logique à décider que le possesseur ne possédant plus *corpore alieno* a perdu la possession, attendu que ce possesseur réunit toutes les conditions exigées pour posséder *corpore suo,* rien ne l'empêchant, s'il le veut, de se remettre en possession de la chose. Or, n'est-ce pas ce que laisse entendre Africain quand il dit que la possession durera jusqu'au jour où il sera constaté que le propriétaire met de la négligence à reprendre sa chose? Ne nous dit-il pas ainsi que le possesseur possède désormais par lui-même, et que la possession ne cessera, conformément aux principes généraux, qu'autant que chez ce possesseur à l'*affectus tenendi* aura succédé l'*affectus non tenendi,* qu'autant que cet *affectus tenendi* du possesseur sera *in contrarium actus?*

Ce texte d'Africain est donc bien conforme à notre théorie, mais il donne lieu à une difficulté : si le raisonnement du jurisconsulte se comprend aisément, en revanche on ne saisit pas aussi facilement l'hypothèse proposée par lui. Un immeuble fait l'objet d'un bail : le bailleur possède donc par l'intermédiaire du locataire : ce locataire vient à mourir. Il semble que le possesseur ne devrait pas pour ce motif perdre la possession : l'hérédité jacente, tant que dure la jacence, les héritiers du locataire ensuite, à compter du jour où ils ont fait adition d'hérédité, devraient continuer à posséder pour lui, car ce contrat de louage, qui a précisément constitué le locataire détenteur, produit ses effets à l'égard des héritiers du locataire qui, eux aussi, par conséquent doivent être considérés comme détenant pour le bailleur. Comment alors expliquer que le jurisconsulte Africain ait indiqué comme une opinion ayant été soutenue que la mort du locataire a pour conséquence l'interruption de la possession? Comment comprendre qu'il déclare que la possession n'est pas interrompue, non pas tant que les héritiers du locataire seront en possession, mais tant que le possesseur n'aura pas montré de négligence à se remettre en possession ?

C'est là certainement quelque chose de bien difficile à expliquer si on admet que de tout temps le louage a été un contrat produisant ses effets non seulement entre bailleur et locataire, mais aussi à l'égard de leurs héritiers. Mais j'ai déjà eu l'occasion de dire qu'il n'en est pas ainsi[1]. Les droits et obligations dérivant du louage, transmissibles aux héritiers au temps de Paul et d'Ulpien, ne l'étaient pas tout d'abord; et Africain n'a pu proposer l'hypothèse contenue dans la loi 40, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, que parce qu'il admettait l'ancienne théorie d'après laquelle les droits et obligations dérivant du louage étaient intransmissibles. Il est, suivant moi, impossible d'expliquer autrement l'existence de notre texte. Sans doute, on pourra objecter que le texte ainsi compris n'a plus sa raison d'être au temps de Justinien, et que cependant il a été inséré dans le Digeste; mais on doit reconnaître que ce n'est pas la seule hypothèse dans laquelle les compilateurs du Digeste ont conservé par inadvertance des solutions qui, à leur époque, étaient sans application. Au reste le Digeste contient un autre texte qui, lui aussi, ne peut s'expliquer que par cette intransmissibilité des droits et obligations dérivant du louage qui a été la règle admise primitivement. Cet autre texte est dû à un jurisconsulte contemporain d'Auguste, Labéon, et forme la loi 60, § 1 D., *Loc.,* liv. 19, t. 2, que j'ai déjà citée[2].

« Quoique n'étant pas fermier lui-même, dit Labéon « dans cette loi, l'héritier du fermier possède néanmoins, « à mon avis, pour le bailleur. »

En déclarant que l'héritier du fermier n'est pas lui-même fermier, Labéon montre que, suivant lui, le bail est un de ces contrats faits *intuitu personæ* dont les effets ne se produisent pas, par conséquent, au profit ou à l'encontre des héritiers du locataire. Remarquons que, dans ce texte, La-

[1] V. page 101.
[2] V. page 101.

béon admettait déjà, à propos de notre question, la solution adoptée par Africain : la mort du fermier ne fait pas perdre au bailleur la possession. Ce sont sans doute les mêmes considérations d'utilité pratique qui ont fait adopter aux deux jurisconsultes cette solution; mais l'explication donnée à ce sujet par Labéon diffère de celle qui a été présentée par Africain : au lieu de reconnaître, comme le fait Africain, que le possesseur possède désormais par lui-même après la mort du détenteur, Labéon dit que ce possesseur possédera désormais par l'entremise de l'héritier du locataire qui sera considéré comme détenteur.

De ces deux explications, c'est certainement celle d'Africain qui a dû être préférée. Elle était tout d'abord beaucoup plus satisfaisante au point de vue rationnel : le possesseur, à la mort du détenteur, réunit en effet toutes les conditions voulues pour posséder par lui-même, comme le fait remarquer Africain : au contraire, on ne s'explique pas très bien comment, dans la doctrine de Labéon, on peut arriver à établir que l'héritier du locataire soit détenteur, puisqu'il ne succède pas aux obligations qu'engendre le bail. En outre, la théorie d'Africain permet d'expliquer la solution donnée aussi bien quand le détenteur qui est mort était *alieni juris* que quand il était *sui juris :* au contraire, l'explication proposée par Labéon ne pourrait être admise que dans le cas où le détenteur était *sui juris :* il n'y a en effet qu'un détenteur *sui juris* qui puisse avoir des héritiers : ce n'est donc que dans ce cas qu'on pourrait dire avec Labéon que l'héritier du détenteur continue à détenir pour le possesseur.

Aussi est-ce l'interprétation d'Africain qu'adopte Paul dans la dernière phrase de la loi 3, § 8 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Si l'esclave ou le fermier par l'intermédiaire desquels « je possédais viennent à mourir, je retiendrai *animo* la « possession. »

En disant que moi possesseur je retiens la possession,

« dommage causé au propriétaire ou à celui vis-à-vis du-« quel il est coupable de négligence ou de dol. »

Justinien admet donc comme une solution certaine que le détenteur qui, soit par négligence, soit par dol, cesse d'avoir la chose à sa disposition, ne fait pas perdre la possession à celui au nom duquel il possède parce qu'il cesse d'être détenteur, mais il avertit en même temps qu'il y a eu à ce sujet de vives controverses, que nous devons nous efforcer de reconstituer au moyen des textes du Digeste.

On doit observer tout d'abord que, puisque, sous Justinien, il était établi d'une façon certaine que la possession n'est pas perdue par ce seul fait que le détenteur a abandonné la chose ne voulant plus la détenir, le Digeste doit surtout contenir des textes contenant cette solution, l'insertion des décisions exposant la solution contraire ne pouvant s'expliquer que par suite d'inadvertances commises par les compilateurs.

Toutefois je ferai remarquer que tous les passages du Digeste relatifs à notre sujet et qui sont dus à des jurisconsultes du IIIe siècle de notre ère consacrent la théorie admise par Justinien. C'est ainsi que Paul dans la loi 3, § 8 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, rapprochant notre hypothèse de celle dans laquelle le détenteur vient à mourir dit dans la dernière phrase :

« Si l'esclave ou le fermier par l'intermédiaire desquels « je possédais sont morts ou se sont éloignés de la maison « qu'ils détenaient, je retiendrai *animo* la possession. »

C'est ainsi encore que Papinien dans la loi 44, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, déclare :

« Ceci exposé, quand on s'occupe de la perte de la pos-« session, il importe beaucoup, suivant moi, de distinguer « si nous possédons par nous-mêmes ou par l'intermédiaire « d'autrui. Car, s'il s'agit d'une chose que nous possédons « par nous-mêmes, nous perdons la possession soit *animo* « soit *corpore,* si nous abandonnons la chose avec l'intention

« de ne pas la posséder ; s'il s'agit au contraire d'une chose « que nous possédons par l'intermédiaire d'un esclave ou « d'un fermier, nous ne perdons la posssesion que si un « tiers s'est mis en possession, mais alors nous la perdons « même à notre insu. »

Sans rien affirmer de bien précis à ce sujet, étant donné que les compilateurs du Digeste devaient écarter tous les textes contenant des décisions différentes, on peut constater cependant que le Digeste ne laisse en rien supposer que la controverse signalée ait existé encore entre les jurisconsultes romains du IIIe siècle. Mais remontons aux jurisconsultes antérieurs : alors apparaît la divergence d'opinions.

On voit d'un côté le jurisconsulte Pomponius dans la loi 31 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, laisser entendre que la possession est perdue quand le détenteur abandonne la chose avec l'intention de ne plus la détenir :

« Lorsque le fermier, dit Pomponius, sort du fonds, mais « sans avoir l'intention de l'abandonner, et y revient, on « admet que le bailleur continue à posséder. »

Le soin que prend le jurisconsulte de mettre en lumière que le détenteur sortant du fonds n'a pas l'intention de l'abandonner, montre bien que si, chez ce détenteur, il y avait eu intention contraire, le bailleur aurait cessé de posséder.

D'autre part Proculus dans la loi 31 D., *De dolo malo,* liv. 4, t. 3, enseigne la doctrine contraire, c'est-à-dire celle qui est admise sans discussion sous Justinien :

« Lorsqu'une personne persuade à un individu soumis à « ma puissance d'abandonner la détention d'une chose, je « n'ai pas pour cela perdu la possession : toutefois si ce fait « m'est dommageable, j'aurai contre cette personne l'*actio* « *de dolo*. »

Ainsi donc, d'après Proculus, le seul fait par le détenteur d'abandonner la chose à lui confiée ne suffit pas pour faire perdre au possesseur la pos session. Or, si on remarque que, tandis que Proculus était de l'école proculienne, Pompo-

nius était de l'école sabinienne, on est autorisé à conclure que l'on est ici en présence d'une de ces nombreuses questions qui ont divisé Sabiniens et Proculiens : cette conjecture est d'autant plus sérieuse que Justinien nous apprend, dans la loi du Code qui a été citée, que la difficulté qu'il veut trancher est tirée *ex libris Sabinianis*, et fait par là même comprendre que les Sabiniens adoptaient une théorie contraire à celle qu'il consacre.

On peut ajouter d'ailleurs que la loi 40, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 vient, malgré les difficultés auxquelles elle donne lieu, corroborer cette opinion. Africain, auteur de cette loi et qui était sabinien, s'occupe au début de ce texte, ainsi que nous l'avons vu[1], de l'hypothèse dans laquelle le détenteur vient à mourir : conformément à la doctrine unanimement reçue, il décide que la mort du détenteur ne suffit pas à elle seule pour faire perdre au possesseur sa possession. Et ensuite il s'occupe du cas dans lequel le détenteur abandonnerait la chose, ne voulant plus la détenir :

« Il faut, dit-il alors, penser autrement si c'est de son « plein gré que le fermier abandonne la chose. »

Africain semble donc bien décider que, contrairement à ce qui se produit quand le fermier vient à mourir, la possession est perdue pour le bailleur lorsque le fermier abandonne la chose ne voulant plus la détenir.

Beaucoup d'interprètes du droit romain n'ont pas cru devoir accepter le texte tel qu'il vient d'être traduit. Partant de cette idée qu'il n'y a pas de motif pour admettre une solution différente suivant que le détenteur vient à mourir ou abdique la détention, ils ont remplacé dans le texte le mot *aliud* par le mot *idem* et sont ainsi arrivés à une conclusion absolument contraire à celle qui vient d'être exposée : Africain reconnaîtrait que le fait par le détenteur d'abdiquer la détention ne suffirait pas plus que

[1] V. page 274.

la mort du détenteur pour faire perdre au possesseur la possession.

Il est facile de montrer que le motif qui a conduit ces interprètes à faire au texte cette modification n'a pas grande valeur, et que les jurisconsultes romains, à tort ou à raison, n'ont pas considéré que la même solution dût forcément s'appliquer au cas de mort du détenteur et au cas d'abdication de la détention par celui-ci. C'est ainsi que Pomponius, comme on vient de le voir, reconnaît dans la loi 31 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, que l'abdication de la détention par le détenteur fait perdre au possesseur sa possession, et déclare au contraire dans la loi 25, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, que la mort du détenteur ne suffit pas pour faire perdre la possession :

« Nous possédons, dit cette loi, par l'intermédiaire de « nos colons, de nos fermiers, de nos esclaves. S'ils viennent à mourir, s'ils deviennent fous, s'ils louent le bien « à d'autres, nous sommes considérés comme conservant « la possession. Il n'y a d'ailleurs aucune distinction à « faire, que nous possédions par l'entremise d'un fermier « ou d'un esclave. »

Si le sabinien Pomponius admet deux solutions différentes suivant que le détenteur vient à mourir ou suivant qu'il abdique la détention, pourquoi corriger un texte qui établit que le sabinien Africain raisonnait de même? Pourquoi refuser de dire qu'Africain, tout en reconnaissant que la mort du détenteur ne fait pas perdre la possession, a soutenu que l'abdication de la détention par le détenteur la ferait perdre au contraire? C'était la doctrine de Proculus : Sabinien comme Proculus, Africain a dû sur ce point enseigner les mêmes solutions.

On ajoute, il est vrai, que, si le texte n'est pas corrigé, la fin du texte est en contradiction avec les idées qui y sont antérieurement énoncées. Voici, en effet, la traduction de la fin de la loi :

« Mais il n'en est ainsi (la possession n'est conservée) que « si personne n'a possédé la chose depuis, que si, au con- « traire, la chose est restée dans l'hérédité du fermier. » Cette phrase, a-t-on dit, suppose que dans toutes les hypothèses énoncées auparavant, la possession est conservée, qu'elle est conservée, par conséquent, au cas d'abdication de la détention, aussi bien qu'au cas de mort du détenteur.

Mais cet argument n'est nullement décisif : en effet, la phrase qui vient d'être citée prouve, par les termes mêmes qu'elle emploie, qu'elle ne prévoit que l'hypothèse de la mort du détenteur : en effet, Africain dit, dans cette loi, que la possession est conservée si la chose est restée dans l'hérédité du fermier : il a donc en vue le cas où le fermier vient à mourir, et non le cas où il y a abdication de la détention. En réalité, ce n'est qu'incidemment que le jurisconsulte fait remarquer que, dans l'hypothèse où il y a abdication de la détention par le fermier, il y a perte de la possession pour le bailleur, contrairement à ce qui se produit quand le fermier vient à mourir : le véritable objet du texte est la détermination des effets de la mort du détenteur : le jurisconsulte ne s'occupe que de ce point, sauf dans la petite phrase : *Aliud existimandum*, etc.

Ainsi expliquée, la loi 40, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, vient appuyer l'idée émise, à savoir qu'il y a eu discussion entre les Sabiniens et les Proculiens sur notre question; mais ne pourrait-on pas invoquer, en sens contraire, la loi 7 pr. D., *Pro emptore*, liv. 41, t. 4? Cette loi est de Julien, qui appartenait à l'école sabinienne.

« Celui qui possédait un fonds *pro emptore*, dit cette loi, « est mort avant d'avoir accompli le temps de la possession « nécessaire pour la *longi temporis præscriptio*, et les es- « claves, qui avaient été laissés en possession, l'abandon- « nèrent avec l'intention d'abdiquer la détention : on s'est « alors demandé si l'héritier pouvait néanmoins se préva- « loir de la *longi temporis præscriptio*. Il est répondu que,

« même lorsque les esclaves abandonnent la détention, « l'héritier peut le faire. »

N'y a-t-il pas là une solution contraire à la doctrine sabinienne? Julien, qui est sabinien, n'aurait-il pas dû dire que, le détenteur abdiquant la détention, la possession était perdue pour l'hérédité jacente, c'est-à-dire pour l'héritier qui fera adition?

Je crois que la solution donnée par Julien dans ce texte s'explique par les circonstances particulières dans lesquelles elle est proposée. On est en présence d'un bien possédé par une hérédité jacente : tant que cette hérédité est jacente, tant qu'aucun héritier n'a fait adition, il n'y a personne qui puisse veiller efficacement sur les biens laissés par le défunt, qui puisse enlever aux esclaves la détention des choses héréditaires dans le cas où ils ne seraient pas dignes de cette confiance. Dès lors, ne doit-on pas protéger les futurs héritiers contre les dangers résultant d'une abdication de détention de la part de l'esclave détenteur? Ne doit-on pas le faire d'autant plus que ces héritiers n'ont pas choisi ce détenteur? Que celui qui a choisi lui-même son détenteur, supporte les conséquences de son mauvais choix, cela peut être aisément admis; mais que les héritiers puissent avoir à en souffrir, même avant d'avoir la faculté de prendre des mesures pour les empêcher, c'est ce qui était moins soutenable; et l'on comprend que Julien, tout en reconnaissant le principe que l'abdication de la détention entraîne pour le possesseur perte de la possession, ait déclaré cependant qu'il en serait autrement au profit de l'héritier du possesseur dans le cas où, pendant que l'hérédité était jacente, l'esclave détenteur aurait abandonné la possession.

On peut donc conclure en disant que, si les Romains paraissent avoir admis, depuis une époque très reculée, que la mort du détenteur ne suffit pas pour faire perdre la possession, il y a eu, au contraire, controverse entre les Sabiniens et les Proculiens sur le point de savoir si la même

solution devait être admise au cas d'abdication de la détention, les Proculiens adoptant l'affirmative, les Sabiniens soutenant l'opinion contraire; mais on doit toutefois ajouter que l'opinion proculienne l'a emporté.

Reste à expliquer seulement comment les Sabiniens qui reconnaissaient que la mort du détenteur ne suffit pas pour faire perdre la possession ont pu cependant déclarer que l'abdication de la détention produirait cet effet. Ce sont, en effet, bien évidemment les mêmes motifs qui, dans ces deux hypothèses, ont conduit les Proculiens à admettre la même solution : comment donc les Sabiniens ont-ils pu justifier les décisions contraires proposées par eux dans les deux cas qui paraissent si semblables?

On ne trouve à cet égard aucune indication dans les textes : voici, à mon avis, l'explication qu'il faut donner :

Plus attachés que les Proculiens aux vieux principes du droit romain, les Sabiniens ont maintenu plus rigoureusement l'application de l'ancienne règle d'après laquelle la perte de la détention pour le détenteur entraîne perte de la possession pour le possesseur et ils n'y ont apporté de dérogation que dans le cas où le possesseur apparaissait comme digne d'une protection particulière parce que, si on n'était pas venu à son secours, il aurait perdu la possession, sans que l'on eût rien à lui reprocher, par suite d'un événement qu'il ne pouvait ni prévoir, ni empêcher.

Or, c'est là précisément la situation du possesseur quand il y a mort du détenteur entraînant perte de la détention : ce possesseur n'a commis aucune négligence, n'a pu se prémunir contre cet accident : les Sabiniens, venant à son secours, ont, par dérogation à leur principe, décidé que la mort du détenteur n'entraînerait pas perte de la possession.

Mais il n'en est pas de même quand il y a abdication de la détention : ici on peut reprocher au possesseur d'avoir choisi un mauvais détenteur ou de n'avoir pas pris de mesures pour empêcher qu'il n'y en ait un mauvais : il n'a qu'à s'en prendre à lui-même si sa négligence lui cause

quelques dommages; les Sabiniens n'ont pas cru dès lors qu'il y avait lieu d'écarter l'application de la règle : ils ont déclaré en conséquence que l'abdication de la détention entraînerait perte de la possession.

Toutefois, fidèles à leur critérium, ils n'ont admis cette solution, au cas d'abdication de la détention, que dans les hypothèses où le possesseur pouvait se reprocher une négligence, et ils n'ont pas hésité à ne pas appliquer la règle voulant que la perte de la détention entraîne perte de la possession, quand l'abdication de la possession s'est produite dans des circonstances telles qu'on ne pouvait reprocher au possesseur aucune faute, aucune négligence. De là, la décision donnée par Julien dans la loi 7 pr. D., *Pro empt.,* liv. 41, t. 4, que nous connaissons déjà : quand un esclave faisant partie d'une hérédité jacente abdique la détention d'une chose, on ne peut reprocher à l'héritier qui n'a pas encore fait adition d'avoir confié la chose à cet esclave, puisque c'est le défunt qui l'a fait; on ne peut non plus lui reprocher d'avoir laissé la chose entre les mains de cet esclave, puisque, n'ayant pas encore fait adition, il ne pouvait la lui enlever : on devait donc venir à son secours, étant donné la théorie exposée : aussi Julien, quoique Sabinien, déclare-t-il dans ce cas que la perte de la détention par l'esclave n'entraîne pas perte de la possession pour l'hérédité jacente, c'est-à-dire pour l'héritier futur.

Nous avons ainsi établi que la perte de la détention par le détenteur résultant soit de ce qu'il est mort, soit de ce qu'il a abdiqué la détention ne suffit pas pour faire perdre au possesseur la possession : que faudra-t-il donc pour que la possession soit perdue ?

Les lois 40, § 1 *in fine* et 44, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, répondent à la question d'une façon suffisamment précise pour qu'il n'y ait pas besoin d'insister à ce sujet. La possession sera perdue quand un tiers se sera mis en possession. Remarquons avec la loi 44, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, que dans ce cas la

possession sera perdue *nobis quoque ignorantibus,* alors même que le possesseur aurait ignoré qu'un tiers s'est emparé de la chose. Ce serait donc à tort que l'on prétendrait reproduire ici, en matière immobilière, la solution qui a été consacrée par le droit romain dans l'hypothèse où soit le possesseur, soit le détenteur qui possède en son nom se sont momentanément éloignés de l'immeuble mais sans avoir l'intention d'en abdiquer la détention ou possession. On a vu qu'en cette hypothèse la possession n'est perdue que quand le possesseur, ayant appris que le tiers s'est mis en possession, n'a rien fait pour reprendre l'immeuble ou a été repoussé par la violence[1]. Le droit romain n'a pas ici adopté une solution aussi avantageuse pour le possesseur dépouillé : il a cru se montrer assez favorable à celui-ci en lui maintenant la possession même après que celui qui détenait en son nom a perdu la détention, mais il n'a pas cru pouvoir aller plus loin et lui assurer encore la conservation de la possession après qu'un tiers s'est emparé de l'immeuble. Telle est du moins la théorie du droit classique : lorsque, dans la quatrième partie de cet ouvrage, nous exposerons la théorie de la possession vicieuse, nous aurons à voir si les empereurs du Bas-Empire ne se sont pas efforcés de protéger le possesseur possédant par l'intermédiaire d'autrui contre les dangers de cette invasion d'un tiers.

---

[1] V. page 159.

PARTIE III.

CRITÉRIUM PERMETTANT DE DISTINGUER LA POSSESSION DE LA DÉTENTION.

86. — De tous les développements qui ont été présentés jusqu'ici, il résulte que celui qui a une chose entre les mains peut en être possesseur ou détenteur; comment saura-t-on s'il possède ou s'il détient la chose?

Dans la théorie qui exige, chez celui qui possède, l'*animus domini*, c'est l'existence ou l'absence de l'*animus domini* chez celui qui a la chose entre les mains qui fera que cet individu sera un possesseur ou un détenteur. Mais il est impossible d'accepter ce critérium, puisqu'il a été établi que cette théorie de l'*animus domini* n'a jamais été connue des jurisconsultes romains[1]. On a vu, d'ailleurs, que cette théorie, inexacte au point de vue des principes, n'aurait pas fourni un critérium bien satisfaisant à l'effet de distinguer la possession de la détention, la question de savoir si celui qui a la chose entre les mains a ou non l'*animus domini* ne devant pas être, en fait, des plus faciles à résoudre[2]. Dès lors, cette théorie écartée, quelle solution faut-il admettre?

[1] V. page 81 et suiv.
[2] V. page 105 et suiv.

Dira-t-on, en s'en référant aux explications qui ont été données plus haut[1], que le critérium consistera en ce que, pour posséder, il faut avoir l'*animus tenendi pro se,* le détenteur ayant l'*animus tenendi pro alio?* Ce serait un critérium aussi peu satisfaisant que celui qui vient d'être écarté : comment établir qu'une personne a l'*animus tenendi pro se* ou *pro alio?*

En réalité, la solution à la question posée doit être tirée des motifs qui ont conduit le droit romain à protéger la possession ; or, il a été prouvé que, si on protège la possession, c'est parce qu'elle fait présumer la propriété, c'est parce que le possesseur est vraisemblablement propriétaire : dès lors, ne doit-on pas refuser cette protection à celui qui, bien qu'ayant la chose entre les mains, n'est certainement pas propriétaire? Ne doit-on pas, dès lors, le considérer non pas comme possesseur, mais comme simple détenteur? On arrive donc à dire que c'est la possibilité ou l'impossibilité pour celui qui a une chose entre les mains d'en être propriétaire, qui permettra de dire s'il est possesseur ou détenteur. Par suite, en établissant le critérium servant à distinguer la possession de la détention, nous étudierons la condition que j'ai indiquée comme nécessaire pour qu'il y ait possession, indépendamment du *corpus* et de l'*animus,* et dont j'avais renvoyé l'examen, à savoir que, pour qu'il y ait acquisition de la possession, il faut qu'aucune raison de droit n'empêche celui qui doit acquérir la possession d'une chose d'en être propriétaire[2].

Pour exposer la théorie consacrée par le droit romain, à l'effet de permettre de distinguer le possesseur du détenteur, il faut prendre, comme point de départ, la notion donnée par le § 2, t. 11, liv. 5, *Sentences* de Paul :

« La preuve qu'il y a eu ou non tradition de la possession « est moins une question de droit qu'une question de fait :

[1] V. page 243.
[2] V. page 43.

« il suffit, pour que cette preuve soit faite, que la chose « soit détenue corporellement. »

Ainsi donc, en principe, celui qui a une chose entre les mains doit être considéré comme ayant reçu la tradition de la possession, comme étant possesseur. C'est là, d'ailleurs, une solution qui se comprend fort bien, étant donné le fondement reconnu à la théorie romaine de la protection possessoire. En effet, de deux choses l'une : ou bien celui qui a la chose entre les mains s'est mis en possession de lui-même, ou bien il a été mis en possession par une autre personne.

S'il s'est mis en possession de lui-même, c'est probablement, ou bien parce que la chose n'avait aucun propriétaire, auquel cas il est devenu propriétaire par occupation, ou bien parce que, étant déjà propriétaire, il reprend un bien qui lui appartenait. Sans doute il a pu également s'emparer de sa propre autorité d'une chose qui appartenait à un tiers; mais ce n'est pas ce qui se produira dans la grande majorité des cas, attendu que d'ordinaire chacun surveille son bien, et empêche un tiers qui n'y a aucun droit de s'en emparer. Dès lors celui qui a ainsi appréhendé la chose doit en être considéré comme possesseur et doit être protégé comme tel, attendu qu'il est probablement propriétaire. Si on voit dans la protection de la possession une preuve plus facile établie en faveur de celui qui vraisemblablement est propriétaire, on doit déclarer possesseur celui qui a ainsi appréhendé la chose, qui s'est mis lui-même en possession.

Et si maintenant on suppose que celui qui a la chose entre les mains a été mis en possession par une autre personne, on doit admettre que bien probablement c'est le propriétaire qui lui a remis la chose, et qu'il la lui a remise avec l'intention d'en transférer la propriété. Il est vrai que le propriétaire a pu livrer la chose sans avoir l'intention d'en transférer la propriété, que celui qui a la chose entre les mains a pu la recevoir d'un autre que du propriétaire :

mais ce n'est pas ce qui se produit normalement : dès lors on doit en principe reconnaître comme possesseur et protéger comme tel tout individu qui reçoit une chose d'un tiers.

Telle est donc la raison d'être de la règle posée par le jurisconsulte Paul.

Mais, la règle ainsi établie ne comporte-t-elle pas des dérogations? Ne devait-on pas, dans certains cas, refuser le titre de possesseur à celui qui a été ainsi mis en possession? Ne devait-on pas le faire alors que l'acte juridique, qui motive la mise en possession, est tel que celui qui a reçu la chose n'a pu ainsi devenir propriétaire?

C'est là une idée qui s'imposait : la possession est protégée, non pas parce qu'on pense qu'en elle-même elle mérite d'être protégée, mais parce qu'on croit que cela est nécessaire pour sauvegarder le droit de propriété. Dès lors, ce serait aller contre la raison d'être de la protection assurée à la possession, ce serait nuire au droit de propriété lui-même, que de donner le titre de possesseur et les avantages qui en découlent, à quelqu'un qui, certainement, n'est pas propriétaire. On arriverait ainsi, sous prétexte de compléter la protection due à la propriété, à donner, au contraire, d'une façon certaine, protection à celui qui n'est pas propriétaire contre celui qui l'est. En réglementant la possession, le droit romain ne pouvait sans doute empêcher que, dans certains cas exceptionnels, la protection ainsi assurée au propriétaire ne se retourne contre lui; mais il devait tout au moins veiller à ce que cela ne se produise pas au profit de quelqu'un qui n'est certainement pas propriétaire.

Par suite, la règle énoncée par Paul doit être complétée de la façon suivante :

Tout individu qui a une chose entre les mains doit en être considéré comme possesseur, à moins que l'adversaire ne prouve que l'acte (appréhension ou tradition, peu importe), qui a effectué la mise en possession, a été accompli dans des conditions telles qu'il est certain que celui qui a ainsi la chose ne saurait en être propriétaire.

Mais ces indications ne suffisent pas encore. Si l'adversaire est admis à prouver que celui qui a la chose à sa disposition ne peut pas être propriétaire, cela n'est vrai qu'autant que cette preuve peut être faite sans que l'on soulève en aucune manière la question de savoir qui est propriétaire, qu'autant que le juge appelé à statuer n'aura pas à s'expliquer sur la question de propriété. Cette exigence est d'ailleurs naturelle, étant donné la raison d'être de la protection de la possession. En protégeant la possession, on a voulu protéger le propriétaire, de telle façon qu'il n'ait pas à faire la preuve difficile de son droit de propriété : c'est même pour ce motif que les procès sur la possession forment le préliminaire habituel des procès sur la propriété, celui qui se fait proclamer possesseur arrivant ainsi, par une preuve facile, à s'assurer le rôle de défendeur dans le procès sur la propriété, et à s'éviter, par suite, la preuve de son droit. Comment, dès lors, concevoir que, pour trancher une question de possession, on puisse avoir à trancher une question de propriété? Que l'on recherche tout d'abord qui est possesseur, pour parvenir ensuite à déterminer qui est propriétaire, rien de mieux; mais on ne saurait comprendre que, pour savoir qui est possesseur, il puisse y avoir lieu de déterminer qui est propriétaire. La décision rendue ne pourrait être qu'inutile ou dangereuse : elle serait inutile si c'est le propriétaire qui doit être déclaré possesseur; elle serait dangereuse si la possession devait être reconnue à un autre qu'au propriétaire, car alors, la possession viendrait certainement à l'encontre de la propriété.

On peut donc dire que les principes admis par le droit romain en matière de protection possessoire, conduisent à la notion suivante, permettant de distinguer aisément le possesseur du détenteur :

Est possesseur tout individu qui a la chose entre les mains, excepté quand, à raison des circonstances dans lesquelles s'est produite la mise en possession, il peut être établi que cet individu n'est pas propriétaire, et cela sans

que l'on ait à trancher la question de propriété de la chose.

87. — Il reste à montrer maintenant que cette théorie inspirée par les raisons d'être de la protection de la possession à Rome, est en parfaite harmonie avec les textes.

Et tout d'abord, remarquons que, si c'est par un acte d'appréhension personnelle qu'un individu s'est mis en possession, cet individu devra toujours être considéré comme possesseur. Jamais, en effet, il ne sera possible d'établir qu'il n'est pas propriétaire, si on ne soulève pas la question de savoir qui est propriétaire : en effet, ce n'est qu'autant qu'il serait prouvé que la chose, au moment de l'appréhension, appartenait à autrui, ce n'est, par conséquent, qu'autant qu'on aurait élucidé la question de propriété, que l'on pourrait dire que celui qui a appréhendé la chose n'en est pas propriétaire. Le fait d'appréhender la chose n'est pas, par lui-même, exclusif du droit de propriété chez celui qui l'accomplit : dès lors, la preuve du droit de propriété ne pouvant être reçue dans un débat possessoire, l'impossibilité d'être propriétaire pour celui qui a appréhendé la chose n'étant pas établie, celui qui s'est mis en possession devra, conformément au principe général posé par Paul, être considéré comme possesseur et protégé comme tel.

C'est ainsi que nous verrons que celui qui a appréhendé une chose *vi aut clam* est possesseur : de ce que cette personne a eu recours à la clandestinité ou à la violence, il n'en résulte pas nécessairement qu'elle n'était pas propriétaire de la chose qu'elle a ainsi appréhendée.

C'est ainsi encore que le voleur est un possesseur : le § 3, t. 6, liv. 2, *Inst.* Justinien, le dit expressément. Sans doute on serait tenté d'objecter que le *furtum* n'a jamais rendu qui que ce soit propriétaire et que, si le *furtum* est établi, on se trouve en présence de circonstances qui établissent avec la plus grande évidence que l'appréhension faite par

le voleur n'a pu rendre celui-ci propriétaire, et que le voleur ne l'était pas auparavant. Mais en raisonnant ainsi on oublie que, pour prouver qu'il y a eu *furtum,* il faudrait établir que celui qui a appréhendé la chose n'était pas propriétaire, le *furtum* n'étant autre chose que la *contrectatio fraudulosa rei alienæ*[1]. On en reviendrait à résoudre la question de savoir qui est propriétaire de la chose pour arriver à déterminer qui est possesseur : or cela ne saurait être admis. Le voleur est donc un possesseur parce que, dans tous les débats qui s'éléveront sur la possession, on n'admettra pas qu'on fasse contre lui la preuve qu'il est un voleur, cette preuve supposant nécessairement qu'on démontre qu'il n'était pas propriétaire au moment où il a appréhendé la chose.

88. — Est-ce à dire toutefois que jamais celui qui s'est mis de lui-même en possession ne se verra refuser le titre de possesseur? Non : en effet, l'impossibilité où se trouve cet individu d'être propriétaire, impossibilité qui, comme on vient de le voir, ne peut être établie au moyen des causes qui expliquent l'appréhension, peut résulter au contraire soit de la nature même de la chose appréhendée qui n'est pas susceptible du droit de propriété, soit de la capacité de celui qui fait l'appréhension et qui ne saurait acquérir la propriété : dans ces hypothèses, en effet, il sera possible de prouver, sans que l'on soulève la question de savoir qui est propriétaire de la chose, que celui qui s'en est saisi n'en est pas propriétaire : pourquoi dès lors le déclarer possesseur?

Je viens de dire que ce peut être à raison de la nature même de la chose, que celui qui l'appréhende, n'en pouvant être propriétaire, n'en sera pas non plus possesseur. La loi 30, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, fait l'application de cette idée :

[1] § 1, t. 1, liv. 4, *Inst.* Justinien.

« On perd, dit cette loi, la possession par bien des « moyens, par exemple quand on enterre un mort dans « un terrain qu'on possédait : on ne peut en effet, même « si on n'a pas de croyances religieuses, même si on con- « sidère ce terrain comme étant dans le commerce, pos- « séder un *locus sacer* ou *religiosus,* pas plus qu'on ne peut « posséder un homme libre. »

Le droit romain a décidé[1] qu'à raison de sa destination spéciale et à l'effet d'empêcher qu'il soit détourné de sa destination, le *locus sacer aut religiosus* serait *extra commercium,* ne serait pas susceptible de propriété privée : pourquoi dès lors admettre qu'il y a un possesseur là où il ne peut y avoir un propriétaire puisque la possession n'est sanctionnée par le droit que pour assurer au propriétaire un complément de protection?

Ce qui vient d'être dit du *locus sacer aut religiosus* est également vrai de toutes les *res extra commercium.* En effet, qu'il s'agisse des *res divini juris,* des *res communes* ou des *res publicæ,* toutes ces *res* ont été déclarées *extra commercium,* non susceptibles de propriété privée à raison de leur destination spéciale : dès lors, puisqu'elles ne peuvent avoir un propriétaire, pourquoi auraient-elles un possesseur? Pourquoi la théorie de la possession s'appliquerait-elle là où on écarte la théorie de la propriété?

89. — L'impossibilité d'être propriétaire, pour celui qui a appréhendé la chose, peut aussi résulter, comme cela vient d'être dit, de son incapacité; ne pouvant être propriétaire de la chose, cette personne ne sera pas considérée comme la possédant, comme pouvant se prévaloir des avantages que procure la possession.

C'est ce qui se produit à propos des fils de famille, des esclaves, d'une façon générale à propos de toutes les personnes en puissance. L'organisation de la famille, telle

[1] V. en dehors de la loi citée le § 4, t. 20; liv. 2, *Inst.* Justinien.

qu'elle était constituée en droit romain, concentrant tous les droits, tous les pouvoirs dans la main du *paterfamilias,* du chef de famille, s'opposait bien manifestement à ce que l'individu en puissance, fût-il considéré comme une personne, ainsi que cela arrivait pour le fils de famille, pût être propriétaire : c'était nécessairement le *paterfamilias* qui devenait propriétaire. Dès lors, étant donné que l'acquisition réalisée par le fils de famille avait pour résultat de rendre le *paterfamilias* propriétaire et non pas le fils, c'était au *paterfamilias* et non au fils que devait être assuré le complément de protection assuré à la propriété par la possession : c'était lui, et non pas le fils de famille, qui devait être possesseur, l'existence de la *patria potestas* démontrant que le fils de famille ne pouvait l'être. Il n'y aurait, d'ailleurs, en ce qui concerne l'esclave, qu'à reproduire un argument analogue tiré de l'existence de la *dominica potestas.*

Tous les interprètes du droit romain n'admettent pas cette explication. Partant de cette idée que, pour posséder, il faut avoir l'*animus domini,* ils disent que le fils de famille, l'esclave, ne peuvent pas posséder, attendu qu'ils ne peuvent avoir l'intention de se conduire comme propriétaires, leur situation de personnes en puissance les empêchant de l'être. Pour ces interprètes, par conséquent, si les personnes en puissance ne possèdent pas, c'est parce qu'elles ne peuvent avoir l'*animus domini.*

En démontrant que le droit romain n'a jamais connu cette notion de l'*animus domini,* j'ai par là même prouvé que cette explication était inacceptable. Mais on peut ne pas s'en tenir là; on peut établir directement, à l'aide des textes, que telle n'a pas été la pensée des jurisconsultes romains. Les développements qui vont être présentés à cet égard fourniront de nouveaux arguments à l'appui de cette doctrine, déjà longuement étudiée[1], que l'*animus domini* n'a, en réalité,

[1] V. page 80 et suiv.

joué aucun rôle dans la théorie romaine de la possession.

Supposons, pour un moment, admise par le droit romain, la théorie suivant laquelle le possesseur doit avoir l'*animus domini*. Si on reconnaît comme fondée cette proposition que, si la personne *alieni juris* ne peut pas posséder, c'est parce qu'elle ne peut pas avoir et, par conséquent, n'a pas l'*animus domini,* on doit, par la force même des choses, proclamer que celui qui est en réalité *sui juris,* mais qui se croit *alieni juris,* ne pourra posséder tant que durera cette croyance : en effet, comment une personne qui, par suite de la condition qu'elle s'attribue, pense ne pouvoir être propriétaire, pourrait-elle avoir l'*animus domini,* avoir une intention de se conduire comme propriétaire dont on doive tenir compte? Si donc le droit romain avait tenu pour vraie l'explication que je combats, il aurait déclaré que la personne qui se croit faussement *alieni juris* ne peut posséder, quoique étant en réalité *sui juris.* Or, les textes montrent qu'il n'en est pas ainsi : reportons-nous, en effet, à la loi 44, § 4 D., *De usurp. et usuc.,* liv. 41, t. 3:

« Un fils de famille, ayant acheté une chose qui n'ap-
« partenait pas au vendeur, a commencé à posséder la chose
« à lui livrée (du jour où il a été *paterfamilias*), bien que
« l'ayant ignoré; pourquoi n'usucaperait-il pas, étant donné
« qu'il y a eu bonne foi au début de la possession, quoi-
« qu'il ait pensé par erreur ne pas pouvoir posséder à ce
« moment la chose, attendu qu'il l'avait acquise *ex causâ*
« *peculiari?* »

Voici l'hypothèse présentée par le jurisconsulte : Un fils de famille est placé à la tête d'un pécule : administrant ce pécule, il acquiert une chose qui n'appartenait pas au vendeur; il ne possède pas, attendu qu'il est fils de famille. Mais plus tard le père de famille meurt dans des circonstances telles que le fils l'ignore : que dit alors le texte? Que le fils de famille, ignorant la mort de son père, ne pouvant en conséquence avoir l'*animus domini,* possédera néanmoins. Dès lors, pour expliquer que le fils de famille ne

peut posséder, le droit romain ne pouvait s'attacher à cette idée que le fils de famille ne peut avoir l'*animus domini;* le texte cité en effet reconnaissant que l'individu *sui juris* qui se croit à tort *alieni juris* et qui par conséquent ne peut avoir l'*animus domini* possède cependant. Il faut donc dire que ce qui empêchait le fils de famille d'être possesseur c'est que, par suite de l'existence de la *patria potestas* pesant sur lui, il ne pouvait être propriétaire. Cette explication admise, il en découle naturellement que le fils de famille possédera, puisque la *patria potestas* a disparu, sans que l'on s'inquiète du point de savoir s'il connaît ou non le changement qui s'est produit dans sa condition.

Le § 7 de la loi citée confirme d'ailleurs cette théorie : je ne prends d'ailleurs dans ce texte que ce qui est intéressant pour la question étudiée. Papinien suppose que, le *paterfamilias* étant captif, le fils de famille achète un bien *a non domino* pendant la captivité du père : il s'occupe tout d'abord de se qui se produira dans le cas où le père de famille sortant de captivité reviendrait à Rome : c'est là un point qui ne nous intéresse pas actuellement; mais ensuite le texte ajoute : « Mais si le *paterfamilias* meurt en capti- « vité, comme le temps qui s'est écoulé pendant la capti- « vité depuis le jour où la chose est appréhendée se réunit « au temps qui suit le décès, on peut dire que le fils de « famille a possédé pour lui, et déclarer qu'il a usucapé. »

Ainsi donc, lorsque le père de famille captif chez l'ennemi y est mort, le fils de famille est considéré comme possédant depuis le jour où il a reçu la chose, attendu que le père de famille décédé chez l'ennemi est réputé mort à compter du jour où a commencé sa captivité. Si l'on adopte l'explication donnée par la théorie qui exige l'*animus domini* chez le possesseur, comment comprendra-t-on que le fils de famille ait pu avoir l'*animus domini* alors qu'il se savait fils de famille, son père vivant encore chez l'ennemi? Au contraire, il est naturel qu'il ait possédé même du vivant de son père captif chez l'ennemi, le père étant ensuite mort en

captivité, si on admet que ce qui empêche le fils de famille de posséder, c'est l'impossibilité où il se trouve d'être propriétaire. Le droit romain déclarant que le *paterfamilias* mourant chez l'ennemi est réputé mort du jour où a commencé sa captivité, l'obstacle qui s'opposait à ce qu'il fût propriétaire a par cela même disparu : considéré comme capable d'être propriétaire à dater du jour de la captivité du père, le fils de famille pourra être considéré comme possesseur à compter du même moment.

90. — Les textes qui viennent d'être expliqués sont donc bien probants pour établir que, si une personne en puissance ne peut pas posséder, ce n'est nullement parce qu'elle n'aurait pas l'*animus domini.* Toutefois, pour compléter cette démonstration, je dois m'occuper d'une hypothèse analogue à celles qui viennent d'être examinées et qui a donné naissance à des décisions qui, au dire de certains interprètes, seraient favorables à la doctrine que je repousse.

Voici quelle est cette hypothèse :

Une personne libre est possédée comme esclave : celui qui la possède est de mauvaise foi et, dans ces conditions, elle acquiert une chose ; ou bien, possédée de bonne foi, elle fait une acquisition qui ne provient pas de son travail, qui n'a pas été réalisée au moyen de valeurs appartenant au possesseur[1]. Que devra-t-on admettre relativement à l'acquisition faite par cette personne libre pendant qu'elle-même est possédée par un tiers? Sera-t-elle considérée comme possédant la chose par elle acquise ?

Ayant établi, lorsqu'il a été question du fils de famille,

[1] J'ai supposé, au cas où la personne libre est possédée de bonne foi, que l'acquisition par elle faite ne provient pas de son travail, ne prend pas son origine dans des valeurs appartenant au possesseur : en effet, s'il en était autrement, l'acquisition profiterait certainement au possesseur et non à l'homme libre possédé : ce serait donc le possesseur de l'homme libre qui posséderait la chose acquise par celui-ci. V. notamment la loi 21 pr. D., *De adq. rer. dom.*, liv. 41, t. 1.

que celui-là seul ne peut être possesseur qui ne peut être propriétaire, je dois, semble-t-il, tirer de là nécessairement cette conclusion que cet homme libre qui se croit esclave, pouvant être propriétaire, doit être considéré, dans les circonstances où il peut acquérir la propriété, comme possesseur de la chose par lui appréhendée.

D'ailleurs c'est là la solution consacrée par la loi 21 pr. D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1, dans laquelle le jurisconsulte Proculus reconnaît que l'homme libre possédé de bonne foi, quand il n'acquiert pas la possession pour celui qui le possède, l'acquiert pour lui-même.

« Lorsque vous possédez de bonne foi mon esclave, est-« il dit dans cette loi, s'il achète une chose et si cette chose « lui est livrée, Proculus admet qu'elle ne devient pas ma « propriété, parce que je ne possède pas l'esclave, et qu'elle « ne devient pas la vôtre, si elle n'a pas été acquise avec « des valeurs provenant de votre patrimoine. Si c'est un « homme libre, que vous possédez de bonne foi comme es-« clave, qui a fait l'achat, la chose lui appartient. »

Sans doute ce texte ne parle que de l'acquisition de la propriété : mais supposez que cet homme libre ait acquis la chose *a non domino,* et l'on sera bien obligé de reconnaître que cet homme libre, qui ne devient pas propriétaire pour ce seul motif qu'il a traité avec quelqu'un qui ne l'était pas, est *in causâ usucapiendi* et par conséquent possède.

Ce texte, de même que ceux qui ont été précédemment cités, démontre que, d'après la théorie romaine, l'impossibilité de posséder est la conséquence de l'impossibilité d'être propriétaire et non de l'impossibilité d'avoir l'*animus domini :* comme les textes précédents, il établit en effet qu'une personne peut posséder alors même qu'elle ne peut avoir l'*animus domini.*

Cependant le Digeste contient des textes qui, à propos de l'hypothèse étudiée en ce moment, donnent une solution contraire à celle qui est exposée par la loi 21 pr. D., *De*

adq. rer. dom., liv. 41, t. 1, attendu qu'ils déclarent que l'homme libre possédé de bonne foi n'acquiert pas pour lui-même la possession dans le cas où il ne l'acquiert pas pour celui qui la possède. Telle est la loi 1, § 6 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Nous acquérons la possession par l'entremise de celui « que nous possédons de bonne foi, que ce soit l'esclave « d'autrui ou que ce soit un homme libre. Si nous possé« dons cette personne de mauvaise foi, je ne crois pas que « nous acquérions par elle la possession. Du reste cette « personne, qui est possédée par autrui, n'acquerra dans ce « cas ni pour son véritable maître, ni pour elle-même. »

Ainsi donc Paul, supposant une acquisition faite par une personne libre possédée comme esclave dans des conditions telles qu'elle ne profite pas au possesseur, déclare que la personne libre n'en profitera pas : Paul est donc sur ce point en opposition complète avec Proculus : comment expliquer cette contradiction ?

On serait tout d'abord tenté de dénier toute importance à la loi 1, § 6 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, en faisant valoir la considération suivante :

Paul, l'auteur de cette loi, est précisément le jurisconsulte qui a écrit les deux textes sur lesquels s'appuie la théorie de la possession exigeant chez le possesseur l'*animus domini*[1] : n'est-il pas naturel dès lors qu'exigeant l'*animus domini* chez le possesseur, il ait déclaré, dans le texte qui vient d'être cité, que l'homme libre possédé de bonne foi ne peut posséder tant qu'il est possédé lui-même parce qu'il ne saurait avoir pendant tout ce temps l'*animus domini?* Au contraire les autres jurisconsultes, n'exigeant pas l'*animus domini* chez le possesseur, auraient déclaré, comme le fait Proculus, que, puisqu'en réalité l'homme dont il s'agit est libre, malgré les apparences, rien ne s'opposait à ce que cet homme libre fût considéré comme pos-

[1] V. page 84 et suiv.

sesseur, puisqu'il peut être propriétaire. On expliquerait donc cette contradiction entre les textes en voyant dans la loi 1, § 6 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, une décision propre à Paul et résultant de sa conception particulière de la théorie de la possession, et dans la loi 21 pr. D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1, la solution reconnue vraie par tous les autres jurisconsultes.

Cette explication ne peut être acceptée : quand les deux textes sur lesquels repose entièrement la théorie qui exige l'*animus domini* chez le possesseur ont été étudiés[1], il a été dit que ces deux textes n'exprimaient même pas l'opinion de Paul, et, en effet un texte, la loi 2, § 2 D., *Pro empt.,* liv. 41, t. 4, expose une hypothèse dans laquelle Paul reconnaît qu'une personne possède, alors qu'il est hors de doute qu'elle ne peut avoir l'*animus domini.*

En outre la solution contenue dans la loi 1, § 6 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, bien loin d'apparaître comme une solution particulière au jurisconsulte Paul, ainsi que le prétend l'explication qui vient d'être proposée, est au contraire la solution généralement adoptée; de telle sorte que c'est la décision énoncée dans la loi 21 pr. *De adq. rer. dom.*, liv. 41, t. 1, qui doit être considérée comme spéciale au jurisconsulte Proculus.

En effet Modestin dans la loi 54, § 4 D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1, donne la même solution que Paul, et Ulpien la reproduit également dans la loi 118 D., *De reg. juris,* liv. 50, t. 17:

« Tout ce qu'un homme libre, ou l'esclave d'autrui que « nous possédons de bonne foi, n'acquiert pas pour nous, « sera acquis pour lui-même s'il s'agit d'un homme libre, « pour son maître s'il s'agit d'un esclave, dit Modestin dans « la loi 54, § 4 D., *De adq. rer. dom.,* liv. 41, t. 1. Tou- « tefois ce principe comporte une exception en ce que « l'homme libre ne peut posséder ni arriver à l'usucapion,

[1] V. page 103 et suiv.

« attendu que l'on ne saurait considérer comme possédant « celui qui est lui-même possédé, en ce que également le « maître de l'esclave que nous possédons de bonne foi, « ignorant l'acquisition, ne peut usucaper *ex causâ peculiari,* pas plus qu'il ne peut le faire au moyen de l'es- « clave en fuite qu'il ne possède pas. »

« Celui qui est en état de servitude, dit Ulpien dans la « loi 118 D., *De reg. juris,* liv. 50, t. 17, ne peut usucaper, « car celui qui est possédé ne peut être considéré comme « possédant. »

Ainsi donc c'est non seulement Paul, mais aussi Ulpien et Modestin qui reconnaissent que l'homme libre possédé comme esclave ne peut, tant que dure cette possession, être lui-même possesseur : n'y a-t-il pas là une solution contraire à notre théorie? N'arrive-t-on pas ainsi à dire que cet homme libre possédé comme esclave ne peut pas être possesseur quoique pouvant être propriétaire, à écarter la corrélation indiquée comme nécessaire entre la possibilité d'être propriétaire et la possibilité d'être possesseur? Et par suite les partisans de la théorie qui exige l'*animus domini* chez le possesseur ne peuvent-ils pas invoquer ces textes en leur faveur et dire que, si l'homme libre possédé de bonne foi ne peut pas être lui-même possesseur, c'est parce qu'il ne peut pas avoir l'*animus domini* exigé pour qu'il y ait possession.

Cette explication des textes de Modestin et d'Ulpien ne peut être acceptée : en effet, non seulement ces jurisconsultes ne présentent jamais, pour justifier la décision qu'ils donnent, cette considération que nécessairement l'*animus domini* n'existe pas chez celui qui est possédé comme esclave, mais au contraire ils ont le soin d'en indiquer une autre : Paul, Ulpien, Modestin motivent la solution qu'ils adoptent en disant que celui qui est possédé ne peut pas lui-même posséder.

Quelle est donc l'idée que ces jurisconsultes ont voulu ainsi exprimer?

L'explication en est donnée par Savigny, par conséquent par un interprète du droit romain qui soutient la théorie dans laquelle l'*animus domini* est exigée pour la possession, je dirai même par l'interprète le plus convaincu de cette doctrine, attendu que c'est grâce à ses efforts, grâce à son célèbre *Traité de la possession* que cette théorie a eu autant d'adhérents. En tirant de cet auteur l'explication des textes cités, j'aurai bien montré que ce n'est pas parce que l'*animus domini* doit être exigé chez le possesseur que ces textes s'expliquent : en effet, si cette explication avait pu être donnée, Savigny n'aurait pas manqué d'invoquer, à l'appui de la thèse qu'il soutenait, ces décisions de Paul, Ulpien et Modestin.

« Les esclaves, dit Savigny[1], sont également incapables « de toute possession juridique, et cela n'est que naturel, « puisqu'ils n'ont aucun droit quelconque. Ce qui est plus « extraordinaire, c'est que l'homme libre, qu'un autre « possède comme esclave, ne peut avoir de possession. Et « cependant il peut, dans cette situation, non seulement « conserver, mais même acquérir le droit de propriété. « Nous rencontrons donc ici une différence remarquable « entre l'acquisition de la propriété et celle de la possession. « Voici le motif de cette différence : pour avoir le droit de « propriété, il suffit de la seule existence de certaines qua- « lités juridiques que l'on présuppose dans la personne « du propriétaire, même alors qu'on n'en aurait pas de « connaissance positive, tandis que, pour exercer le droit « de propriété, il faut, avant tout, la faculté de pouvoir « agir librement. Voilà pourquoi l'homme libre, possédé « comme esclave, ne diffère aucunement de tout autre « homme libre sous le rapport de la propriété, tandis que, « sous le rapport de la possession, il est assimilé à l'es- « clave. »

Si les textes cités déclarent que l'homme libre possédé

[1] *Tr. de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 106.

comme esclave ne peut pas être possesseur, c'est, comme le dit Savigny, parce que la possession n'est pas un droit mais un état de fait, attendu qu'elle n'est autre chose que l'exercice du droit de propriété : or, pour être en état d'exercer le droit de propriété, il faut être libre en fait : l'homme libre possédé comme esclave qui est bien libre en droit et qui, par conséquent, peut être propriétaire, ne peut exercer son droit, ne peut être possesseur parce qu'il n'est pas libre en fait. Dès lors si, dans la théorie généralement admise sur ce point par les jurisconsultes romains, l'homme libre possédé comme esclave n'acquiert pas la possession quand elle n'est pas acquise à celui qui passe pour son maître, ce n'est nullement parce qu'il n'a pas l'*animus domini,* mais en réalité parce qu'il est possédé. Proculus, ne reconnaissant pas que le fait d'être possédé empêche d'être possesseur, soutenait que l'homme libre possédé comme esclave pouvait acquérir pour lui-même la possession, puisqu'il pouvait être propriétaire; les autres jurisconsultes n'ont pas admis cette solution, non pas parce qu'ils exigeaient l'*animus domini* chez le possesseur, mais parce qu'ils ne comprenaient pas que celui qui est possédé, qui ne peut en fait exercer le droit de propriété, pût être possesseur. Ainsi interprétés, les textes de Paul, Ulpien et Modestin ne sont nullement contraires à la théorie qui établit une corrélation entre l'impossibilité d'être propriétaire et l'impossibilité d'être possesseur. C'est donc à cette idée qu'il faut s'en tenir; si les personnes en puissance ne doivent pas être considérées comme possédant la chose qu'elles ont entre les mains, c'est parce qu'elles ne peuvent en être propriétaires. Les textes qui viennent d'être étudiés montrent seulement que la règle qui a été posée comme devant servir à distinguer la possession de la détention n'est pas absolument suffisante pour la grande majorité des jurisconsultes romains; il est en effet nécessaire d'y joindre ce principe : pour posséder, il ne faut pas être soi-même possédé.

Les explications présentées complètent la réfutation de la doctrine suivant laquelle l'*animus domini* serait une condition essentielle de la possession[1] : les textes qui ont été cités fournissent en effet de nombreuses hypothèses dans lesquelles les jurisconsultes romains n'hésitent pas à attribuer la possession à des personnes qui, bien certainement, n'ont pas l'*animus domini*.

91. — Laissons maintenant les hypothèses dans lesquelles une personne se met elle-même en possession; étudions les cas dans lesquels une personne reçoit une chose d'une autre personne, dans lesquels c'est par l'effet d'une tradition que la personne dont il s'agit a la chose entre les mains.

Cette tradition, on le sait, n'assurerait à l'*accipiens* la propriété de la chose qu'autant que :

1° Elle aurait pour objet une chose susceptible de propriété privée;

2° Elle serait faite à un *accipiens* pouvant en devenir propriétaire;

3° Elle serait faite par le propriétaire;

4° Elle serait faite par ce propriétaire avec l'intention d'en transférer la propriété.

Doit-on dire que, quand l'*accipiens* ne deviendra pas propriétaire, parce qu'une des conditions viendra à manquer, cet *accipiens* ne sera jamais réputé possesseur?

Pour répondre à cette question, il faut en revenir aux principes posés : si, sans que l'on ait à résoudre la question de savoir qui est propriétaire de la chose, il résulte des faits que l'*accipiens* n'a pu être rendu propriétaire de la chose par cette tradition, l'*accipiens* ne devra pas être considéré comme possesseur; il devra l'être au contraire en toute autre hypothèse.

Les explications données, quand il s'est agi de savoir si

[1] V. p. 88 et suiv.

celui qui a appréhendé la chose sans la recevoir de qui que ce soit, est ou non possesseur, font comprendre que quand la chose livrée n'est pas susceptible de propriété privée, ou quand l'*accipiens* ne peut en devenir propriétaire, cet *accipiens* ne peut en être possesseur. Ce sont, en effet, les mêmes raisons qui militent dans les deux cas; et d'ailleurs on a pu remarquer que bien des textes qui ont été invoqués supposent que celui qui a la chose entre les mains la détient, non pas à la suite d'un acte d'appréhension personnelle, mais à la suite d'une tradition.

Ces points étant considérés comme acquis, que faut-il admettre dans l'hypothèse où la tradition n'aura pas été faite par le propriétaire, dans le cas où elle aura été faite par le propriétaire, mais dans une intention autre que d'en transférer la propriété?

Si on suppose tout d'abord que la tradition a été faite par quelqu'un qui n'est pas propriétaire, mais dans des conditions telles que, faite par le propriétaire, elle aurait transféré la propriété, on dira que cette tradition aura rendu l'*accipiens* possesseur. Et cependant ne pourrait-on pas objecter que l'on est précisément en présence d'une de ces hypothèses dans lesquelles celui qui reçoit la chose n'en est certainement pas propriétaire, la tradition faite *a non domino* ne pouvant opérer le transfert de propriété? Ne devrait-on pas, dès lors, conclure de là que, puisque l'*accipiens* ne peut pas être propriétaire, il ne peut pas non plus être possesseur?

Mais remarquons que, pour établir cette impossibilité d'acquérir la propriété, il faudrait soulever la question de savoir qui est propriétaire, il faudrait rechercher si le *tradens* était ou non propriétaire, si par conséquent, l'*accipiens* l'est devenu : la solution d'une question de propriété serait donc le préliminaire d'un procès sur la possession, ce qui est inadmissible. Il va donc être impossible d'établir que l'*accipiens* n'a pu devenir propriétaire; et l'on est bien obligé par suite de reconnaître que cet *acci-*

piens qui reçoit ainsi la chose d'un non-propriétaire dans des conditions telles que cette tradition, opérée par le propriétaire, aurait effectué le transfert de la propriété, en devient possesseur, comme dans l'hypothèse où la tradition est réalisée par le propriétaire. Cette solution, commandée par les principes qui régissent la matière, est consacrée par de nombreux textes : il suffira à ce sujet de rappeler que celui qui reçoit une chose *a non domino* usucape, si d'ailleurs certaines conditions que je n'ai pas à rappeler ici sont réunies : c'est donc qu'il possède, car, comme le dit Ulpien dans ses *Règles*, t. 19, § 8 : L'usucapion est un mode d'acquérir la propriété résultant d'une possession prolongée pendant un ou deux ans.

Si nous supposons enfin que la tradition a été faite soit par le propriétaire, soit par un non-propriétaire dans des conditions telles qu'elle ne devait pas, dans l'intention des parties, transférer la propriété, il faudra décider qu'alors l'*accipiens* n'est pas un possesseur, mais un simple détenteur. En effet, les circonstances dans lesquelles s'est faite la tradition, l'existence même du contrat qui l'explique montrent, sans qu'il y ait de difficulté à cet égard, et sans que l'on ait à rechercher si le *tradens* était ou non propriétaire, que l'*accipiens* ne pouvait, en vertu de cette tradition, devenir propriétaire, étant donné que, même faite par le propriétaire, elle ne produirait pas cet effet. Est-il besoin de citer des textes qui confirment cette solution? La remise de la chose faite au locataire, au commodataire, au dépositaire, à l'usufruitier, n'a certainement pas eu pour objet de faire acquérir la propriété à ces personnes : elles ne pourront donc ainsi acquérir la possession : c'est la solution consacrée par des textes déjà cités; notamment par le § 4, t. 9, liv. 2, *Inst.*, relatif à l'usufruitier et par la loi 33, § 1 D., *De usurp. et usuc.*, liv. 41, t. 3, relatif au fermier.

Ainsi donc, qu'il y ait eu tradition ou appréhension, on peut toujours résumer de la façon suivante la théorie romaine : Est possesseur tout individu qui a la chose entre

les mains, excepté quand il est établi qu'il ne peut être propriétaire et cela sans qu'on ait à rechercher qui en est réellement propriétaire.

Il reste maintenant à se demander si toutes les solutions présentées par les textes du droit romain sont conformes à cette théorie, s'il n'y en a pas qui lui soient contraires.

On pourrait vouloir soutenir que c'est ce qui a lieu dans la loi 60, § 1 D., *Loc. cond.*, liv. 19, t. 2, déjà citée, suivant laquelle on doit considérer comme détenteur l'héritier du fermier quoiqu'il ne soit pas fermier lui-même, solution qui suppose, ainsi qu'on l'a vu, qu'on se place à un moment où les droits et obligations dérivant du bail n'étaient pas transmissibles aux héritiers [1]. En effet, dirait-on, ce n'est pas en vertu du bail que l'héritier du fermier a la chose entre les mains : il est bien difficile dès lors d'indiquer quelle est la cause qui, expliquant pourquoi il a la chose entre les mains, montre d'une façon évidente qu'il ne peut être propriétaire. Mais ce serait mal raisonner : en effet, puisqu'il est avéré que celui qui a la chose entre les mains est l'héritier du fermier, qu'aucune autre cause ne justifie sa mise en possession, n'est-il pas certain qu'il ne peut être propriétaire? De là la solution de Labéon.

92. — Laissons ce point peu important et arrivons au précaire. Est-ce que le précaire ne constitue pas une institution juridique soumise, en droit romain, à des règles bien spéciales?

Le précariste, au point de vue qui nous occupe, paraît devoir être rapproché du locataire, du dépositaire : la tradition à lui faite par le concédant en précaire ne doit pas plus dans l'intention des parties faire acquérir la propriété que ne doit le faire par exemple la tradition consentie par le bailleur au locataire; dès lors, le précariste devrait être considéré comme un détenteur et non comme un posses-

[1] V. page 100 et suiv.

seur. Et cependant il n'en est pas ainsi : d'après les textes le précariste est un possesseur.

Sans doute, quelques textes disent que le précariste peut être simplement détenteur : c'est ce que fait par exemple la loi 6, § 2 D., *De prec.*, liv. 43, t. 26 :

« Celui qui a demandé de rester sur un fonds à titre pré« caire ne le possède pas : la possession reste au concédant « en précaire : en effet, peut-on dire, l'usufruitier, le fer« mier, etc., sont sur le fonds et cependant ils ne possèdent « pas. »

Mais à ces décisions peu nombreuses on peut en opposer beaucoup qui déclarent au contraire que le précariste possède. Telle est notamment, pour ne faire qu'une seule citation, la loi 4, § 1 D., *De prec.*, liv. 43, t. 26 :

« Nous devons nous souvenir que le précariste possède. »

Comment expliquer cela? La solution donnée par les textes est remarquable à deux points de vue :

En premier lieu, le précariste est en principe déclaré possesseur.

En second lieu, le précariste, par une singularité unique, est tantôt possesseur, tantôt détenteur.

Et tout d'abord, si on recherche pourquoi le précariste est en principe déclaré possesseur, on en trouve la raison dans les considérations suivantes :

Le locataire, le commodataire sont des détenteurs et non pas des possesseurs parce qu'ils ont reçu la chose en vertu d'un contrat reconnu par le droit romain, louage, commodat, qui montre, sans que l'on ait à déterminer qui est propriétaire de la chose, que la tradition qui leur a été faite n'a pu opérer à leur profit le transfert de propriété. Mais il n'en est pas ainsi en matière de précaire. L'ancien droit romain n'a pas vu dans le précaire un *negotium juris*, une institution juridique, comme il le fait pour le louage, le commodat : c'est là, d'ailleurs, un point sur lequel il y aura lieu de revenir. Du précaire ne naissait, en effet, aucune action au profit du concédant, de telle sorte que,

pour reprendre sa chose, celui-ci ne pouvait se prévaloir que de son titre de propriétaire et devait par conséquent avoir recours à l'action en revendication. Ne devait-on pas, en conséquence, étant donné les principes posés, déclarer le précariste possesseur?

Est possesseur, avons-nous dit, tout individu qui a la chose entre les mains dans des conditions telles que, si on ne tranche pas la question de propriété de la chose, il ne puisse être établi qu'il n'est pas propriétaire. Or, c'est là précisément la situation du précariste à qui le concédant ne peut enlever la chose qu'en prouvant que lui-même est propriétaire. Il en est en réalité du précariste comme du voleur, comme de celui qui a acquis la chose *a non domino :* comme eux, il ne peut être propriétaire; mais pour lui comme pour eux cette impossibilité n'est établie que quand solution est donnée à la question de savoir qui est propriétaire : il doit donc, comme le voleur, comme celui qui a acquis la chose *a non domino*, être considéré comme possesseur.

L'explication qui vient d'être présentée n'est satisfaisante que pour l'époque lointaine où le concédant en précaire n'avait à son service que l'action en revendication. On sait que cet état de choses ne dura pas : l'interdit *de precario* fut créé précisément pour permettre au concédant en précaire de reprendre sa chose sans avoir besoin de prouver son droit de propriété, et même on arriva à voir dans le précaire un contrat innommé donnant lieu à l'*actio præscriptis verbis*. Du jour où cet interdit *de precario*, où cette action *præscriptis verbis* purent être exercés par le concédant, celui-ci eut ainsi le moyen, sans soulever la question de propriété, d'établir que la remise de la chose a été faite au précariste dans des conditions telles qu'elle n'a pas pu lui en transférer la propriété.

La transformation qui s'est produite dans la théorie du précaire par la création de l'interdit *de precario* n'aurait-elle pas dû nécessairement faire un simple détenteur du

précariste qui jusque-là devait être considéré comme possesseur?

Certainement cette solution aurait été logique, mais les Romains ne l'admirent pas. Il se produisit ce qui se retrouved ans beaucoup d'institutions juridiques qui se sont transformées dans la suite des temps, dans la substitution pupillaire, dans l'*usucapio pro herede,* par exemple. Certaines règles, fort logiques au début, furent conservées quoique la raison d'être en eût disparu.

Il en fut fait ainsi pour le précaire. Le précariste fut toujours considéré comme possesseur, bien que, d'après les principes du droit, étant donné les transformations qu'avait subies la théorie du précaire, on aurait dû voir en lui un détenteur. Au reste ce n'est pas la seule règle ancienne qui ait été maintenue dans la théorie du précaire, bien qu'elle ne fût plus conforme au caractère nouveau de l'institution : comment, pour ne prendre qu'un exemple, pourrait-on expliquer que le précariste n'est tenu que de son dol, sinon par cette observation qu'au temps où le *precarium* n'était pas un *negotium juris,* c'était là la seule responsabilité qui pût peser sur le précariste?

La persistance de la règle ancienne déclarant le précariste possesseur se justifie d'autant plus facilement que non seulement il n'y avait aucune utilité à changer cette règle, mais que de plus il y aurait eu des inconvénients à la modifier.

Je dis tout d'abord qu'il n'y avait aucune utilité à changer la règle ancienne. En effet, le concédant en précaire n'a aucun intérêt à être considéré comme possesseur.

La possession confère deux avantages : la possibilité d'exercer les interdits, la possibilité d'usucaper : il est facile de montrer qu'ils ne serviraient en rien au concédant en précaire. Et tout d'abord, en ce qui concerne l'exercice des interdits, le concédant en précaire n'en a nullement besoin. En effet, ces interdits lui sont inutiles à l'égard des tiers, car le précariste reconnu possesseur les exercera à sa

place, et aura intérêt à les exercer afin de s'assurer et de conserver la paisible jouissance de la chose qui lui a été donnée en précaire : il faut ajouter d'ailleurs que le concédant aura toujours le moyen, grâce à l'interdit *de precario,* de reprendre la chose, d'en redevenir possesseur le jour où il croirait avoir à redouter la négligence du précaire. Et ces interdits inutiles au concédant en précaire à l'encontre des tiers le sont également à l'encontre du précariste lui-même, car il est bien évident que le précariste ne peut se servir des interdits *retinendæ possessionis* à l'encontre du concédant en précaire, lorsque celui-ci veut reprendre la chose, et que ce concédant a à son service l'interdit *de precario* à l'encontre du précariste pour redevenir possesseur quand il le veut. Quant à la possibilité d'usucaper qui est reconnue au possesseur, elle ne fait pas défaut au concédant en précaire, bien qu'il ne possède pas. Nous verrons en effet que le concédant en précaire peut, quand il reprend sa chose et redevient ainsi possesseur, joindre à sa possession celle du précariste. Que lui importe, dès lors, au point de vue de l'usucapion, de ne pas posséder pendant que le précariste a la chose entre les mains, puisque le précariste possède, et que, grâce à la théorie de l'*accessio possessionum,* cette possession du précariste lui servira pour usucaper comme s'il avait possédé lui-même?

Non seulement le changement apporté à la règle ancienne n'aurait présenté aucune utilité pour le concédant en précaire, ni, il n'est pas besoin d'insister à ce sujet, pour le précariste, mais, de plus, il leur aurait été désavantageux pour tous les deux. Cela va de soi en ce qui concerne le précariste. Relativement au concédant en précaire, cela se comprend aisément. N'étant pas possesseur, le concédant en précaire se trouve ainsi débarrassé de tous les soucis de l'administration : ce sera au précariste, possesseur, ayant par conséquent les interdits, qu'il appartiendra de se défendre lui-même contre les troubles causés par les tiers, sans que lui, concédant, ait à intervenir : il

n'aura donc pas à protéger le précariste dans sa jouissance, comme il aurait eu à le faire s'il était resté possesseur. Et l'on doit remarquer que cette administration ainsi confiée au précariste, ces pouvoirs qui lui sont conférés, sont sans danger pour le concédant en précaire, puisque celui-ci peut, quand il le veut, grâce à l'interdit *de precario,* redevenir possesseur et faire cesser l'administration du précariste.

Au reste, l'observation qui vient d'être faite, à savoir qu'il peut y avoir avantage pour le propriétaire à ce que celui qui a sa chose entre les mains soit possesseur, attendu qu'il évite ainsi tous les soucis de l'administration, a une grande importance; elle a conduit les jurisconsultes romains à admettre qu'il y aurait possession dans certaines hypothèses dans lesquelles les principes posés devaient faire admettre qu'il y a simple détention : c'est ce que nous allons bientôt avoir à constater.

Ayant ainsi exposé les raisons pour lesquelles le précariste est, dans le droit classique, considéré comme possesseur et non comme détenteur, il va m'être facile d'expliquer pourquoi le précariste reconnu, en règle générale, comme possesseur, est cependant appelé détenteur par certains textes.

Le précariste, on vient de le voir, a continué d'être possesseur, parce que telle était la solution commandée par l'ancienne théorie et qu'il n'y avait aucun intérêt à la modifier : mais supposons que cet intérêt existe, qu'il y ait avantage pour le constituant en précaire à rester possesseur, pourquoi alors repousser la solution résultant des principes? On arrive donc naturellement à cette conclusion : sans doute, en règle générale, le précariste, conformément à la théorie ancienne, est possesseur; mais, conformément aux principes nouveaux, il sera détenteur toutes les fois que le concédant en précaire, ayant intérêt à ce qu'il en soit autrement, par exemple parce qu'il n'a pas confiance dans la vigilance du précariste, et ne veut

pas cependant lui enlever la chose s'il administre mal, aura laissé comprendre qu'il entendait conserver la possession.

C'est ainsi qu'on pourra expliquer qu'Ulpien, dans la la loi 6, § 2 D., *De prec.,* liv. 43, t. 26, déclare le précariste détenteur, et qu'il le déclare possesseur dans le § 3 de la même loi.

Le § 2 a déjà été traduit[1] : il y est question d'une personne qui demande à rester sur un fonds comme précariste : le concédant du précaire reste possesseur; il n'y a pas, dit Ulpien, de raison pour qu'il en soit, pour le précariste, autrement que pour le fermier ou l'usufruitier.

Dans cette hypothèse, on pense que le concédant n'a pas dû vouloir abandonner les avantages de la possession qu'il avait auparavant, pas plus qu'il ne l'aurait fait si, au lieu de consentir un précaire, il avait consenti un bail, par exemple; on pense que le concédant en précaire a simplement voulu permettre au précariste de continuer à avoir la chose tant que lui, concédant, ne la réclamera pas, et n'a pas voulu autre chose.

Prenons maintenant la loi 6, § 3 D., *De prec.,* liv. 43, t. 26 : « Julien dit que celui qui a expulsé avec violence le « propriétaire et qui ensuite a obtenu de ce propriétaire la « concession en précaire de ce fonds cesse de posséder *vi* et « possède *precario :* et il n'y a pas lieu de penser qu'il s'est « changé lui-même la cause de sa possession, attendu qu'il « commence à posséder avec le consentement de celui qu'il « a expulsé : et en effet, s'il avait acheté la chose à cette « personne, il pourrait commencer à usucaper *pro emp-* « *tore.* »

Pourquoi, dans ce paragraphe, Ulpien expose-t-il la solution contraire à celle qu'il avait proposée dans le paragraphe précédent? Pourquoi le précariste est-il ici indiqué comme étant possesseur, alors qu'auparavant on le traitait

[1] V. page 311.

de détenteur? C'est qu'ici rien ne montre que le concédant en précaire ait entendu s'assurer la possession : tout porte à croire le contraire. En effet, le concédant en précaire ne possédait pas auparavant, puisque c'était le précariste qui alors possédait *vi :* les parties ont donc dû vouloir laisser la possession à celle qui l'avait auparavant, en en changeant seulement la cause.

On le voit donc, les solutions consacrées par le droit romain en matière de précaire sont en parfaite harmonie avec les principes qui ont été posés à l'effet de distinguer la possession de la détention.

93. — Les principes adoptés par les jurisconsultes romains apparaissent donc bien nettement :

Pour être possesseur, pour être protégé comme tel, il faut avoir appréhendé ou reçu la chose dans des conditions telles qu'il n'y ait pas impossibilité d'en être propriétaire résultant, en dehors de toute recherche spéciale ayant pour objet de déterminer qui est propriétaire, des circonstances dans lesquelles s'est accomplie cette appréhension ou cette tradition.

Est simplement détenteur, et par conséquent privé de la protection assurée au possesseur, celui qui a appréhendé ou reçu la chose dans des conditions telles que, sans qu'il soit besoin de trancher la question de propriété de la chose. il ressorte des circonstances dans lesquelles s'est effectuée l'appréhension ou la tradition, que celui qui a ainsi eu la chose à sa disposition, n'en peut être propriétaire. Ajoutons que, de l'avis de la majorité des jurisconsultes romains, celui qui, quoique libre, quoique pouvant être propriétaire, est possédé comme esclave, ne peut être que détenteur.

94. — En exposant ainsi la règle qui doit servir à déterminer qui possède, qui détient seulement, nous avons par là même indiqué quelles sont les personnes qui peuvent se prévaloir de la protection assurée à la possession. Mais

n'y avait-il pas en pratique des inconvénients à laisser ainsi en toute hypothèse le détenteur sans aucune protection? Par suite, le droit romain ne devait-il pas être amené à faire participer au moins dans certains cas le détenteur aux avantages de la possession, à reconnaître même en quelques hypothèses le titre de possesseur à celui qui, d'après les principes, aurait dû être simplement détenteur? Telles sont les questions qui demandent à être résolues pour que l'exposition du sujet soit complètement faite, pour que l'on sache exactement, en quelque circonstance que ce soit, si on se trouve en présence d'un possesseur ou au contraire d'un simple détenteur.

Que le détenteur puisse se trouver dans une bien mauvaise situation, étant donné qu'il n'est nullement protégé, c'est ce qu'il est facile d'établir.

Très souvent un détenteur sera détenteur, aura la chose entre les mains parce qu'il a un droit à exercer par rapport à cette chose et qu'il ne peut le faire que s'il la détient. Si on refuse à ce détenteur toute protection, si on maintient au possesseur, dans toute leur intégralité, les avantages que donne la possession, si on en refuse la plus petite participation au détenteur, ne va-t-on pas laisser ce détenteur à la merci du possesseur qui pourra, comme tel, lui reprendre la chose, et l'empêcher d'exercer ce droit qui suppose nécessairement la détention chez celui qui l'exerce? Ne va-t-on pas, en outre, si ce détenteur est troublé par des tiers, être obligé de reconnaître que, privé des avantages qui découlent de la possession, il lui sera bien difficile et même souvent impossible de faire cesser ce trouble, n'étant nullement protégé comme détenteur, qu'il lui faudra donc s'adresser au possesseur, et qu'il ne recouvrera la détention paisible de la chose que si le possesseur veut bien intervenir?

La question ainsi soulevée doit se subdiviser.

Il faudra en effet tout d'abord s'occuper de la situation faite au détenteur qui a sur la chose un droit réel qui exige la détention de la chose chez celui qui l'exerce. On exa-

minera ensuite quelle est la situation faite à celui qui a un droit personnel relativement à la chose, droit personnel qui suppose également d'une façon nécessaire la détention de la chose chez celui qui doit l'exercer.

95. — Supposons tout d'abord que le détenteur ait sur la chose un droit réel. C'est surtout dans cette hypothèse que le droit romain a admis des dérogations aux principes qui ont été étudiés : c'est d'ailleurs dans cette hypothèse qu'elles s'imposaient avec le plus de force. Le titulaire d'un droit réel autre que le droit de propriété a en effet un droit de même nature que le droit de propriété, opposable aux mêmes personnes, soumis aux mêmes règles, n'en différant que par l'étendue des effets qui en résultent : dès lors les Romains qui avaient reconnu que, pour protéger le propriétaire d'une façon efficace, il fallait protéger la possession c'est-à-dire l'exercice du droit de propriété, devaient nécessairement être conduits à admettre que des mesures analogues devaient être prises quant à l'exercice des autres droits réels, que celui qui pouvait invoquer un droit réel quel qu'il soit, devait voir garanti l'exercice de son droit comme l'est l'exercice du droit de propriété.

Comment donc fut assurée cette protection de l'exercice de son droit au titulaire du droit réel?

Deux moyens furent employés.

Le procédé connu tout d'abord fut le suivant : On fit du titulaire du droit réel sur la chose, contrairement aux principes, un véritable possesseur, et par suite on lui assura les interdits possessoires qui furent retirés à celui qui, d'après les règles du droit, aurait dû rester possesseur : toutefois, sur un point, la possession fut laissée à ce dernier : c'est en matière d'usucapion : les considérations d'utilité pratique qui commandaient d'assurer au titulaire du droit réel la situation du possesseur ne demandaient nullement que la possibilité d'usucaper fût retirée à celui qui, d'après les principes, aurait dû rester possesseur. On sépara donc les

avantages de la possession : le titulaire du droit réel fut par conséquent considéré comme possesseur, si ce n'est relativement à l'usucapion : c'est ce qui fut admis pour le créancier gagiste, pour l'emphytéote.

Le droit romain arriva ensuite (ce fut le procédé le plus récemment créé) à établir, à côté de la théorie de la possession consistant dans l'exercice du droit de propriété, la théorie de la *juris possessio* dans laquelle on déclare que celui qui exerce un droit réel autre que la propriété, qui par conséquent est en apparence titulaire du droit réel, devra être considéré comme *juris possessor, quasi possessor,* et par conséquent, comme ayant, en ce qui concerne l'exercice de son droit, tous les avantages qu'assure au possesseur l'exercice du droit de propriété. De là sont nés les interdits quasi-possessoires assurant au détenteur titulaire d'un droit réel autre que la propriété l'exercice de ce droit réel, comme les interdits possessoires assurent au possesseur l'exercice du droit de propriété. C'est là le procédé employé pour l'usufruit et la superficie.

Reprenons l'étude de ces deux procédés.

Et tout d'abord, ai-je dit, dans certains cas, le droit romain reconnaissant au titulaire du droit réel, qui aurait dû être détenteur, le titre de possesseur, lui a accordé ainsi, sauf en ce qui concerne l'usucapion, tous les avantages que donne la possession et qu'il refuse par suite à celui qui devrait être possesseur; celui-ci n'en pouvant plus invoquer les prérogatives que pour arriver à usucaper.

C'est ce qui a eu lieu pour le créancier gagiste : j'ajouterai même que ce fut en ayant recours à ce procédé que le droit romain créa le droit réel de gage : détenteur d'après les principes généraux, le créancier gagiste est déclaré possesseur et jouit de tous les avantages assurés à ce titre. réserve faite du droit d'usucaper. C'est ce que dit formellement la loi 16 D., *De usurp. et usuc.,* liv. 41, t. 3 :

« Relativement à l'esclave donné en gage, on doit agir « par l'*actio ad exhibendum* contre le créancier gagiste,

« non contre le débiteur constituant du gage : en effet, le « constituant du gage possède seulement au point de vue « de l'usucapion; à tout autre point de vue, c'est le créan- « cier gagiste qui possède, de telle sorte qu'à sa possession « vient se joindre celle du constituant du gage. »

Comme je l'ai dit, grâce à ce moyen, les Romains sont arrivés à faire du gage un véritable droit réel en protégeant ainsi le créancier gagiste traité comme possesseur contre les troubles pouvant provenir du fait du concédant, en lui donnant le moyen de reprendre la chose à qui que ce soit : les interdits possessoires, enlevés au concédant du gage, possesseur d'après les principes, conférés au créancier gagiste qui ne devrait être que simple détenteur, donnent à ce dernier la situation qu'assure tout droit réel quel qu'il soit : le créancier gagiste est certain de pouvoir se prévaloir de son droit de gage à l'encontre de tous.

On sait d'ailleurs (et je ne veux ici que le rappeler brièvement) comment a pris naissance cette théorie assurant au créancier gagiste une grande partie des avantages de la possession. Le gage n'a été connu à Rome qu'après la *mancipatio contractà fiducià* pour remédier aux inconvénients de cette institution juridique. Primitivement, celui qui voulait conférer une sûreté réelle, n'ayant à son service que la *mancipatio contractà fiducià,* devait nécessairement transférer la propriété de la chose à celui au profit de qui la sûreté était constituée. Les inconvénients qui en résultaient pour le constituant de la sûreté réelle sont bien connus : devenu simple créancier de la restitution de la chose qu'il pouvait exiger le jour où la dette ainsi garantie était acquittée, il avait à craindre que le créancier, devenu propriétaire de la chose, ne l'eût aliénée au mépris de l'obligation de restitution qui pesait sur lui. On dut donc s'efforcer d'éviter ce transfert de propriété au profit du créancier si dangereux pour le constituant. Ce que l'on voulait en effet, ce n'était pas assurer au créancier la propriété de la chose, mais lui donner le moyen de conserver la chose

jusqu'au jour où il serait payé : ne pouvait-on pas y parvenir sans opérer le transfert de la propriété? Voici comment on s'y prit. La chose fut remise au créancier par le constituant, non pas en vue de lui en transférer la propriété, mais simplement en vue de lui permettre d'avoir la chose entre les mains jusqu'au paiement : la remise de la chose étant ainsi effectuée en exécution d'une convention qui établit qu'elle n'a pu opérer le transfert de propriété au profit du créancier, les principes conduisent à dire que le créancier n'est pas propriétaire. Dès lors, on évite les dangers que la *mancipatio contractà fiducià* faisait courir au constituant : le créancier, n'étant pas propriétaire de la chose à lui remise, ne peut désormais l'aliéner : mais ne fait-on pas naître ainsi des dangers bien considérables à l'encontre du créancier? Et, en effet, les principès que nous avons étudiés obligent à reconnaître que le créancier, qui n'a pu devenir propriétaire de la chose, en est simple détenteur, étant donné que la convention qui motive la tradition de la chose démontre, sans qu'il soit besoin de rechercher qui est réellement propriétaire, que ce créancier ne peut l'être. Dès lors, ce créancier, simple détenteur, n'aurait eu en réalité aucune sûreté; le constituant, restant possesseur, aurait pu, au moyen des interdits, retirer au créancier, même avant le paiement, quand il l'aurait voulu, la sûreté qu'il lui aurait conférée. Ce fut pour empêcher cet inconvénient, que le droit romain, dérogeant aux principes qu'il avait posés, fit du créancier un véritable possesseur alors qu'il n'aurait dû être que détenteur, lui assura ainsi les interdits possessoires grâce auxquels il put, jusqu'au parfait paiement, conserver la possession de la chose, même à l'encontre du constituant. En créant ainsi le gage, les Romains ont, comme on le voit, remplacé le droit de propriété que la *mancipatio contractà fiducià* assurait au créancier, par un droit réel de rétention lui permettant de conserver la chose jusqu'au paiement : dans ce but ils firent de lui un possesseur : toutefois, comme, pour obtenir le résultat dé-

siré, il n'était pas nécessaire de conférer au créancier gagiste toutes les prérogatives du droit de possession, de les enlever par conséquent au constituant, le créancier gagiste, réputé possesseur à tout autre point de vue, ne le fut pas relativement à l'usucapion : le constituant du gage resta donc possesseur à ce point de vue : de là, la théorie exposée dans la loi 16 D., *De usurp, et usuc.,* liv. 41, t. 3.

Ce procédé, employé pour protéger le créancier gagiste, l'a été aussi quand il s'est agi de l'emphytéose, c'est-à-dire du bail à perpétuité ou à longue durée au moyen duquel le fisc, l'empereur, les villes et même les particuliers louaient leurs terres : c'est ce qu'exprime nettement la loi 15, § 1 D., *Qui satisd. cog.,* liv. 2, t. 8 :

« On doit, dit ce texte, considérer comme possesseur « celui qui, soit pour le tout, soit pour partie, a à sa dispo- « sition un fonds de terre soit à la ville, soit à la campagne. « On considère également comme possesseur celui qui a « un *ager vectigalis,* ou concédé en emphytéose, etc. »

Rien d'ailleurs de plus facile que d'expliquer cette solution : du jour où l'on reconnut que l'emphytéote avait un droit réel, on dut, pour les raisons que j'ai indiquées plus haut, déclarer que l'exercice du droit d'emphytéose devait être protégé comme l'exercice du droit de propriété, que l'emphytéote devrait pouvoir, comme le propriétaire, se défendre contre tout trouble, le faire cesser sans avoir à faire la preuve difficile de l'existence de son droit. On fut naturellement amené à reproduire ici la théorie établie en matière de gage, et à considérer comme possesseur l'emphytéote.

Au reste j'ajouterai que, malgré le silence des textes et malgré les doutes qui, pour ce motif, ont pu être élevés à ce sujet, l'emphytéote ne devient pas possesseur *ad usucapionem,* que c'est le concédant qui continue à l'être à ce point de vue. La nécessité d'assurer à l'emphytéote le libre

exercice de son droit réel de jouissance pouvait conduire les jurisconsultes romains à lui reconnaître l'exercice des interdits, à les refuser au contraire au concédant, mais n'aurait pu certainement expliquer que le concédant, véritable possesseur d'après les principes, fût privé du droit d'usucaper : cette solution, inadmissible en matière de constitution de gage, l'était également en matière d'emphytéose.

On peut remarquer que le procédé employé par le droit romain pour protéger le détenteur titulaire d'un droit réel de gage ou d'emphytéose contre les troubles que le concédant ou des tiers pourraient lui causer, pour assurer à ce détenteur, relativement à l'exercice de son droit, les avantages que la possession assure à ce point de vue au propriétaire, a le caractère d'un véritable expédient. Que devient en effet la notion de la possession? Pourquoi celui qui est véritablement possesseur, d'après les principes établis, se voit-il refuser le droit aux interdits et presque le nom de possesseur? Pourquoi au contraire voit-on ce nom donné, ces interdits reconnus à celui que ces mêmes principes réduiraient au rôle de détenteur? On n'en peut donner qu'une raison d'utilité pratique, et l'on est bien obligé de reconnaître que l'on est en présence de solutions contradictoires.

Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement tant que le droit romain s'en est tenu à la notion primitive de la possession, d'après laquelle celui-là seul qui exerçait le droit de propriété pouvait être considéré comme possesseur, d'après laquelle la possession n'était autre chose que l'exercice du droit de propriété. Un droit réel autre que le droit de propriété ne pouvait dès lors être muni d'une protection analogue à celle que la possession assurait à la propriété, et par conséquent on ne pouvait en procurer les avantages au titulaire de ce droit réel qu'à la condition de les enlever au propriétaire et de les lui attribuer.

Pour modifier cet état de choses, il fallut que le droit

prétorien, réalisant un nouveau progrès, eût reconnu que les raisons, qui avaient fait naître la théorie de la possession à côté de la théorie de la propriété, devaient également faire déclarer qu'il y avait lieu d'étendre la notion de la possession à tous les droits réels. Et, en effet, la preuve d'un droit réel quel qu'il soit est tout aussi difficile que la preuve du droit de propriété, puisque celui qui la fournit doit établir qu'il tient ce droit d'une personne qui était propriétaire ou qui du moins avait sur la chose un droit tel qu'elle pouvait constituer le droit dont il s'agit : pourquoi dès lors ne faciliterait-on pas cette preuve, étant donné qu'on avait jugé nécessaire de faciliter la preuve de la propriété? Et si, en conséquence, on protège comme possesseur celui qui se comporte comme propriétaire, pourquoi ne protégerait-on pas au même titre celui qui, par la façon dont il se conduit, apparaît comme titulaire d'un droit réel? De là la théorie de la quasi-possession établie par le préteur, de là les interdits quasi-possessoires, jouant relativement aux droits réels autres que la propriété, le même rôle que les interdits possessoires relativement à la propriété.

Il n'est pas besoin de longues réflexions pour s'apercevoir que ce système était bien préférable au précédent : en effet, laissant au possesseur tous ses droits, toutes ses prérogatives, la théorie nouvelle établit, au profit du détenteur titulaire d'un droit réel, des interdits quasi-possessoires sauvegardant pleinement la quasi-possession qui lui est reconnue, pouvant sans doute paralyser les effets de l'interdit possessoire que conserve le possesseur, mais ne le lui enlevant pas.

Introduite par le préteur, cette théorie de la quasi-possession n'eut pas une étendue d'application générale : étrangère aux détenteurs titulaires de droits réels qui étaient déjà auparavant protégés, elle ne put être invoquée que par les détenteurs titulaires de droits réels pour lesquels le droit antérieur n'avait pas enlevé au possesseur les in-

terdits possessoires : elle n'a donc trouvé sa place qu'au cas d'usufruit et de superficie[1].

Jusqu'au jour où la théorie de la quasi-possession fut admise en droit romain, l'usufruitier, détenteur de la chose, était réduit à exercer l'*actio confessoria* pour faire reconnaître l'existence de son droit, et devait par conséquent prouver qu'il était bien réellement usufruitier. Aussi voit-on le droit romain reconnaître à l'usufrutier le droit d'agir par l'*actio confessoria* pour faire valoir son droit, même dans le cas où il aurait entre les mains la chose grevée d'usufruit, dans le cas où par conséquent il exercerait son droit, à la différence de ce qui se produit pour le propriétaire qui ne peut agir par la revendication que quand il ne possède pas. C'est ce qui résulte de la loi 5, § 6 D., *Si usus. pet.,* liv. 7, t. 6, qui déclare que l'usufruitier triomphant au moyen de l'*actio confessoria* devra recevoir les fruits produits antérieurement à moins qu'il n'ait agi, exerçant le droit d'usufruit (*Sed in omnibus ita demum, si non sit possessor, qui agat*). Le droit romain avait pu en effet refuser la revendication au propriétaire qui possède parce que ce propriétaire a alors les interdits possessoires : il n'aurait pu au contraire refuser l'action confessoire à l'usufruitier qui possède, car c'aurait été lui refuser tout moyen d'établir son droit. L'usufruitier n'avait donc à son service que la voie pétitoire, le droit romain n'ayant pas voulu protéger l'usufruitier de la même façon que le créancier gagiste. Telle était la théorie existant encore au temps d'Auguste, comme le montre la loi 20 D., *De serv.,* liv. 8, t. 1. Mais ensuite la théorie de la quasi-possession prend naissance, et l'une des conséquences qui en résultent est la création d'interdits quasi-possessoires au profit de l'usufruitier : puisqu'on était arrivé à voir dans

[1] Bien évidemment il n'y a pas ici à parler des servitudes prédiales : le titulaire d'une servitude prédiale n'est pas en effet détenteur du fonds sur lequel il exerce son droit.

l'usufruitier un quasi-possesseur, on devait naturellement le protéger comme le possesseur même. C'est ce que dit Ulpien dans le § 90, *Frag. Vat.* « Lorsque le légataire d'un « droit d'usufruit se met de lui-même en possession du « fonds, l'interdit *quod legatorum* n'est pas donné contre « lui, attendu qu'il ne possède pas le fonds, objet du legs, « mais en jouit plutôt. C'est pour cela que l'on reconnaît à « cet usufruitier un interdit utile *uti possidetis* et *unde vi* « attendu qu'il ne possède pas. On délivrera donc un inter- « dit utile *quod legatorum* avec cette formule : Puisque tu « possèdes ces biens comme légataire, puisque tu en jouis à « ce titre, puisque par ton dol tu as cessé de posséder ou « de jouir. »

Ulpien suppose, dans la première phrase du texte, que le légataire d'un droit d'usufruit sur un immeuble se met de lui-même en possession. On sait que le préteur, voulant empêcher cette prise de possession, donne à l'héritier, contre le légataire qui se met en possession, l'interdit *quod legatorum*, grâce auquel il reprend la chose. Mais, lorsqu'il s'agit d'un legs d'usufruit, dit Ulpien raisonnant d'après les principes du droit civil, l'interdit *quod legatorum* ne peut trouver son application : il ne peut être donné que contre celui qui possède; or, on ne possède pas un droit d'usufruit. Ensuite, dans les phrases qui suivent, Ulpien reconnaît que, s'il ne saurait y avoir lieu au véritable interdit *quod legatorum*, il pourra cependant être intenté un interdit *quod legatorum* utile, dont la formule est quelque peu modifiée, attendu que, grâce à cette nouvelle formule, on pourra l'intenter contre celui qui jouit de la chose sans en être possesseur, contre le légataire du droit d'usufruit qui s'est mis de lui-même en possession. Cette solution, dit Ulpien, devait être admise, puisque l'usufruitier qui ne peut pas intenter les interdits *uti possidetis* et *unde vi*, attendu qu'il ne possède pas, a à son service des interdits utiles *uti possidetis* et *unde vi*. Ulpien dit donc nettement que l'usufruitier, s'il n'est pas posses-

seur, est quasi-possesseur, qu'en cette qualité, il peut exercer des interdits possessoires utiles, qu'il est donc protégé comme le possesseur lui-même, les interdits qu'il peut intenter ne se distinguant des interdits reconnus au possesseur que par quelques modifications opérées dans la formule.

Et dans la loi 4 D., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17, Ulpien indique combien est efficace cette production : « En résumé, « déclare ce jurisconsulte, on doit dire, à mon avis, que « cet interdit *uti possidetis* doit être donné entre usufrui- « tiers, qu'il doit être donné alors que l'une des parties se « présenterait comme ayant un droit d'usufruit et l'autre « comme possédant. » Ainsi donc, grâce à cet interdit utile, l'usufruitier peut se défendre avec succès contre le propriétaire dans un procès sur le possessoire, comme il pourrait le faire dans un procès sur le pétitoire.

Ce moyen de protection, établi au profit de l'usufruitier, a pu être employé également par l'usager et le superficiaire : par l'usager, tout d'abord, cela résulte de la dernière phrase de la loi 4 D., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17 : « Si « l'une des parties veut défendre son droit d'usage, dit « Ulpien, l'autre son droit d'usufruit, on leur donnera cet « interdit. »

Il peut également être invoqué par le superficiaire, comme le montre la loi 1 pr. D., *De sup.*, liv. 43, t. 18, qui donne la formule de l'interdit de superficie : « Le pré- « teur dit : Je défends qu'il soit fait empêchement à la « jouissance du droit de superficie, tel qu'il a été établi « entre vous, s'il n'y a eu ni violence, ni clandestinité, ni « précaire; et, si on demande quelque autre action de su- « perficie, je la donnerai *cognitâ causâ*. »

Si on rapproche ce texte du § 90, *Frag. Vat.*, on s'aperçoit que cet interdit donné au superficiaire était conçu de la même façon que l'interdit *uti possidetis* utile concédé à l'usufruitier : en effet, on retrouve dans les deux cas la formule de l'interdit *uti possidetis*, dans laquelle le verbe

possidere est remplacé par le verbe *frui*. Ce sont donc les interdits possessoires utiles qui sont donnés au superficiaire comme à l'usufruitier. Cette observation permet de repousser, sans qu'il soit d'ailleurs utile d'insister davantage à ce sujet, l'opinion de certains interprètes du droit romain, voulant que le superficiaire soit protégé comme l'emphytéote, par l'attribution qui lui serait faite des interdits possessoires enlevés au possesseur. Le superficiaire serait donc, dans ce système, le seul détenteur titulaire de droit réel qui serait en même temps protégé par les deux procédés qui viennent d'être étudiés. Pourquoi aurait-on donné cette situation spéciale au superficiaire? Et, d'ailleurs, n'est-il pas évident que le superficiaire qui, d'après le texte cité, a des interdits utiles, n'aurait aucun intérêt à avoir les interdits possessoires eux-mêmes?

Cette théorie de la quasi-possession, créée par le droit prétorien, dont l'importance est déjà grande en droit romain, a eu pour résultat de modifier, dans nos législations modernes, la théorie de la possession; ce n'est plus seulement, comme le voulait le droit civil romain, l'exercice du droit de propriété qui constitue la possession; la possession, en réalité, s'est étendue à tous les droits : aujourd'hui tous les droits sont susceptibles de possession. « La « possession, dit l'article 2228 du Code civil, est la déten- « tion ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous « exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou « l'exerce en notre nom. »

96. — Les détenteurs titulaires d'un droit réel ayant un droit de même nature que le propriétaire, ayant par conséquent besoin comme le propriétaire d'être protégés dans l'exercice de leurs droits, le droit romain a été, ainsi qu'on vient de le voir, nécessairement amené à leur assurer la protection même qu'il avait établie, à ce point de vue, au profit du propriétaire : de là les dérogations importantes apportées à la théorie primitive de la possession qui ont

été étudiées. Mais il n'a pas cru qu'il devait en être ainsi pour le titulaire d'un droit personnel supposant, chez celui qui l'exerce, la détention de la chose, pour le fermier, le commodataire, le dépositaire, par exemple. Ce titulaire d'un droit personnel, simple détenteur, n'est nullement protégé comme tel; il n'a pas, comme le créancier gagiste ou l'emphytéote, les interdits possessoires enlevés à celui qui a consenti le bail, le dépôt, le commodat pour lui être attribués; il n'a pas non plus, comme l'usufruitier ou le superficiaire, d'interdits utiles, d'interdits quasi-possessoires. D'où vient donc cette différence de situation entre le détenteur titulaire d'un droit réel et le détenteur titulaire d'un droit personnel?

On peut l'expliquer par les deux considérations suivantes:

En premier lieu, il faut remarquer que l'assimilation établie par les jurisconsultes romains entre le propriétaire et le titulaire d'un autre droit réel en ce qui concerne la protection de l'exercice de leurs droits, n'avait plus sa raison d'être quand il s'agissait d'un titulaire de droit personnel. Les droits réels ne sont autre chose que des démembrements du droit de propriété; ils se distinguent de la propriété en ce que, au lieu de conférer comme la propriété la *plena in re potestas*, ils n'assurent que certaines des prérogatives qui y sont contenues; mais, pour être moins considérables, les effets qu'ils produisent ainsi n'en sont pas moins de même nature : le droit de suite, le droit de préférence, qui en constituent les caractères essentiels, se retrouvent partout et toujours, qu'il s'agisse de droits réels autres que la propriété ou de la propriété elle-même. Rien de pareil au contraire en matière de droit personnel : ce droit n'a aucun caractère commun avec la propriété; les effets qu'il produit sont d'une nature toute différente. Il est donc naturel que les jurisconsultes romains protègent l'exercice de tout droit réel de la même façon qu'ils protègent l'exercice du droit de propriété : en procédant ainsi, ils n'ont fait que se conformer à leur pratique habituelle

en matière de droits réels, reconnaissant que les mêmes règles doivent, dans la mesure du possible, trouver leur application pour tout droit réel. Mais pourquoi auraient-ils ainsi, quant à la protection de ce droit personnel, emprunté quoi que ce soit à la théorie de la propriété, étant donné que, sur tous les autres points, les règles étaient différentes?

En outre, on doit observer qu'il était moins nécessaire de créer, au profit du titulaire de droit personnel, des mesures spéciales de protection tendant à assurer la paisible détention de la chose qui lui est nécessaire pour pouvoir exercer son droit. En effet, comme titulaire du droit personnel, comme créancier, il a à son service l'action personnelle qui sanctionne son droit de créance, il peut donc s'adresser à celui avec lequel il a contracté, c'est-à-dire au possesseur, et lui demander que la détention paisible qui lui a été promise lui soit assurée [1].

[1] L'existence de cette action personnelle contre le bailleur, le commodant, etc. rend sans doute moins nécessaire la création d'une protection spécialement établie en vue de la détention de ce titulaire d'un droit personnel, mais cependant cela ne la rend pas inutile et nous allons voir que le droit romain n'a pas été sans se préoccuper de remédier aux périls qui menacent le détenteur et que ne fait pas disparaître cette action personnelle. Raisonnons sur l'hypothèse la plus usuelle, que les textes prévoient le plus souvent; supposons la chose entre les mains d'un locataire. Le bailleur, étant propriétaire et possesseur, peut comme tel se prévaloir des avantages que ces titres lui assurent; il peut donc, comme possesseur, intenter les interdits possessoires à l'encontre du locataire et cela au moment où il lui plaira, même avant l'expiration du bail, et reprendre ainsi la chose au locataire. Et qu'on n'objecte pas que le locataire ainsi menacé se défendra en invoquant le bail qu'il a conclu, en montrant que le bailleur, tenu, en vertu du contrat de bail, de le faire jouir de la chose, ne doit pas pouvoir arbitrairement se dérober aux obligations qui découlent pour lui de ce contrat. Dans le droit ancien, sous l'empire duquel nous nous plaçons pour le moment, le juge ne pouvait, dans une même instance, être saisi de deux questions différentes; chaque question devait faire l'objet d'un procès distinct, séparé (V. Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 1880, t. 4, § 61, p. 24 et suiv.). Par conséquent, le juge, saisi par le bailleur de la question de savoir s'il était ou non possesseur, ne devait s'occuper que de cette seule question : il ne pou-

Le droit romain ne s'est donc pas préoccupé de protéger d'une façon particulière la détention du titulaire d'un droit

vait pas écouter le locataire invoquant l'existence du bail, et par suite il devait donner raison au bailleur et lui reconnaître la possession. Le locataire n'avait que la ressource d'engager une nouvelle instance dans laquelle, se servant de l'*actio conducti*, il agissait contre le bailleur pour non-exécution des obligations résultant du contrat de bail : il devait donc plaider de nouveau pour obtenir satisfaction, et était toujours exposé à voir le bailleur arbitrairement, sans motif, le troubler dans sa jouissance au mépris du bail passé. On le voit donc, la théorie romaine, fidèle aux notions qui en avaient amené la création, protégeant le bailleur attendu qu'il était propriétaire, assurait ce résultat d'une façon trop énergique, on peut le dire, puisqu'elle permettait au propriétaire de reprendre sa chose, nonobstant les obligations qu'il avait contractées.

Aussi méritait-elle d'être corrigée sur ce point : c'est ce qui eut lieu en réalité. On sait que le principe de l'ancien droit romain qui vient d'être rappelé, d'après lequel le juge ne peut dans une seule instance connaître que d'une seule question, s'observa de moins en moins rigoureusement (V. Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 1880, t. 4, § 62, p. 46 et suiv.). Ce fut ce qui eut lieu en notre matière : ce fut grâce à l'exception de dol que se réalisa ce résultat : le locataire, menacé des interdits possessoires, ne peut-il pas dire avec juste raison qu'il y a dol de la part du demandeur qui veut lui enlever la chose louée, qui manque ainsi aux obligations qui découlent pour lui de l'existence du contrat de bail? Ne peut-il pas par conséquent opposer l'exception de dol et paralyser ainsi l'effet de l'interdit invoqué contre lui, quand le bailleur n'hésite pas, en l'exerçant, à violer les engagements qu'il a pris? Le droit romain qui reconnaissait que celui qui, en exécution d'une vente, avait reçu tradition d'une *res mancipi*, pouvait paralyser les effets de l'action en revendication dirigée contre lui, au moyen de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, devait également admettre que celui qui avait reçu une chose comme locataire, aurait l'exception du dol par laquelle il empêcherait que le bailleur, invoquant sa qualité de possesseur, vînt, au mépris de ses engagements, lui refuser la jouissance de la chose qu'il lui avait promise.

C'est à cette théorie que fait allusion Marcellus dans les derniers mots de la loi 12 D., *De vi et vi arm.*, liv. 43, t. 26 : « Un fermier, dit ce juris-« consulte, n'a pas laissé s'établir sur le fonds celui à qui le bailleur l'avait « vendu, lorsque celui-ci avait été envoyé par le bailleur pour en prendre « possession : plus tard le fermier a été expulsé avec violence du fonds par « un tiers : on s'est demandé qui a l'interdit *unde vi*. J'ai dit qu'il était

personnel : toutefois, dans une hypothèse spéciale, au cas de séquestre, il a cru devoir lui conférer les interdits pos-

« indifférent que le fermier se soit opposé à ce que le bailleur pénètre « sur le fonds, ou qu'il n'ait pas laissé s'établir l'acheteur qui, d'après « l'ordre du bailleur propriétaire, devait recevoir la chose : par conséquent « l'interdit *unde vi* devra appartenir au fermier, et celui-ci sera tenu par « le même interdit envers le bailleur, attendu qu'il sera considéré comme « l'ayant repoussé par la force lorsqu'il n'a pas voulu livrer la possession « à l'acheteur, à moins qu'il n'ait eu une raison fondée sur le droit et « plausible d'agir ainsi. »

Il est facile de voir que Marcellus, dans ce texte, raisonnant sur une hypothèse un peu différente de la nôtre, mais nécessairement gouvernée par les mêmes principes, expose tout d'abord la théorie du droit ancien qu'il considère comme la théorie fondamentale, et signale ensuite, dans les derniers mots du texte, l'atténuation qui y a été apportée.

Marcellus suppose tout d'abord que le propriétaire d'un fonds qui a été loué a vendu son fonds, que l'acquéreur a voulu se mettre en possession, mais qu'il en a été empêché par le locataire : dans ce cas, dit ce texte, le fermier, jusque-là détenteur, est devenu possesseur, mais possesseur *vi*, de telle sorte que le bailleur, dépossédé par suite de l'acte de violence commis par ce fermier qui a écarté celui qui devait reprendre la chose en son nom, aura l'interdit *unde vi :* en effet, dit ce texte, que le bailleur lui-même soit empêché de pénétrer sur le fonds, ou que ce soit une personne envoyée par lui, peu importe : c'est toujours le bailleur possesseur jusque-là qui est dépossédé.

Le jurisconsulte suppose ensuite que le fermier est lui-même dépossédé à la suite de violences commises par un tiers, et il dit que ce fermier, devenu possesseur grâce à la violence qu'il a lui-même commise à l'encontre du bailleur, aura contre ce tiers l'interdit *unde vi*, attendu que le vice de violence qui affecte la possession est un vice relatif, la possession violente n'étant vicieuse qu'à l'égard de celui qui a été victime de la violence : mais c'est là une partie du texte sans intérêt dans notre question et qui par conséquent ne doit pas nous arrêter.

Revenons donc à la première proposition : le locataire qui empêche soit le bailleur, soit la personne envoyée par celui-ci, de se mettre en possession du fonds loué, commet donc un acte de violence qui le rend possesseur, mais qui l'expose à l'interdit *unde vi :* Tel est le principe. Mais à la fin du texte le jurisconsulte ajoute : *nisi propter justam et probabilem causam id fecisset.* Par conséquent cette résistance au bailleur à celui qui est envoyé par le bailleur n'est considérée comme un acte de violence, comme un délit, qu'autant qu'elle ne s'explique pas par une

sessoires, et le titre de possesseur : comme on va le voir, cela n'a été admis que parce que l'on n'aurait pas pu, si

justa et probabilis causa : dès lors, si cette *justa et probabilis causa* existe, cette résistance est légitime; par conséquent le locataire peut s'opposer à ce qùe le bailleur pénètre sur le fonds.

Telle étant la solution donnée par le texte, supposons que le bailleur ait eu recours aux voies judiciaires pour rentrer en possession, qu'il ait intenté l'interdit *uti possidetis;* c'est la supposition faite précédemment. Il est facile de dégager la solution qu'aurait certainement donnée Marcellus :

Puisqu'en principe, le locataire ne peut pas s'opposer à ce que le bailleur se remette en possession de la chose louée, puisqu'il commet un acte de violence quand il repousse le bailleur, il doit succomber dans cette instance : le bailleur, qui ne doit pas être empêché de rentrer en possession, obtiendra nécessairement l'appui de justice pour obtenir ce résultat.

Mais, puisque le bailleur ne peut se plaindre de la résistance du locataire qui l'empêche de se mettre en possession quand ce locataire a de justes raisons d'agir ainsi, il en résulte nécessairement qu'il ne pourra pas intenter avec succès l'interdit *uti possidetis* pour déposséder le locataire qui a de justes motifs pour conserver la chose.

La décision de Marcellus contient donc la confirmation bien nette de toute la théorie qui a été exposée.

Il reste maintenant à examiner dans quels cas nous rencontrerons cette *causa justa et probabilis* qui justifie la résistance de celui qui, détenant la chose, veut s'opposer à ce que le possesseur rentre en possession, qui, par conséquent, sert de fondement à l'exception de dol destinée à paralyser les effets de l'interdit possessoire.

Le principe sur lequel on doit s'appuyer pour donner la solution que cette question comporte est facile à trouver : la *justa et probabilis causa,* dont parle Marcellus, se rencontrera dans les hypothèses où le possesseur arriverait comme tel à enlever la chose au détenteur au mépris des obligations dont il est tenu en vertu du contrat qui a donné naissance à la détention. Comment admettre que le bailleur, pour en revenir à l'exemple sur lequel nous raisonnons toujours, pourra violer les obligations qu'il a assumées comme bailleur en invoquant son titre de possesseur? Ne doit-on pas poser comme règle générale que cette *justa et probabilis causa* existera toutes les fois que, en agissant comme possesseur, le bailleur obtiendrait des résultats contraires à la maxime : *Qui doit garantie ne peut évincer?*

Tel est donc le principe : il ne faudrait pas cependant aller jusqu'à

l'on n'avait pas procédé ainsi, obtenir les résultats que le séquestre devait nécessairement donner.

dire que ce possesseur ne se servira jamais avec succès, avant l'expiration du contrat, des interdits possessoires, à l'encontre du détenteur. S'il est vrai de dire que ce possesseur ne doit pas pouvoir enlever au détenteur la chose, alors que celui-ci doit l'avoir entre les mains pour exercer les droits que lui donne le contrat passé avec le possesseur, cela ne saurait être admis qu'autant que lui-même exécute les obligations dont il est tenu en vertu du contrat. Et, en effet, il n'y aurait aucun reproche à faire au possesseur qui, ne pouvant obtenir du détenteur l'exécution des obligations qui pèsent sur celui-ci, se prévaudrait de ses droits de propriétaire et de possesseur pour reprendre sa chose. Le détenteur ne trouverait certainement aucune raison qui lui permettrait d'invoquer l'exception de dol devant paralyser l'interdit possessoire exercé contre lui.

Ce n'est pas tout encore; les juriconsultes romains ont considéré que le possesseur de la chose ne commettait aucun dol et pouvait en conséquence intenter victorieusement les interdits possessoires contre le détenteur, au mépris des engagements qu'il a contractés, quand il avait une raison sérieuse de reprendre sa chose : en d'autres termes, les Romains n'ont jamais appliqué dans toute sa rigueur la maxime : *Qui doit garantie ne peut évincer :* ils ont admis que celui qui avait promis au détenteur que la chose lui resterait entre les mains pendant un temps déterminé, pouvait la reprendre plus tôt, pourvu qu'il eût un motif sérieux de le faire, et à la charge seulement de payer des dommages-intérêts au détenteur qu'il évinçait.

Les notions qui viennent d'être exposées sont, en ce qui touche le bailleur, appliquées dans une constitution célèbre de l'empereur Antonin qui forme la loi 3 C., *De loc. et cond.*, liv. 4, t. 65, et que l'on désigne souvent sous le nom de loi *Æde* à cause du mot qui la commence :

« On ne doit pas pouvoir vous expulser malgré vous d'une maison « que vous dites avoir louée, si vous payez intégralement votre loyer, « à moins que le propriétaire n'établisse que cette maison lui est néces« saire pour son usage personnel, ou qu'il ne veuille y faire des tra« vaux d'amélioration, ou que vous n'usiez mal de cette maison qui vous « est louée. »

Le propriétaire peut donc, d'après cette loi, en invoquant son titre de propriétaire, c'est-à-dire en se servant de l'action en revendication ou bien plutôt des interdits possessoires beaucoup plus commodes, expulser le locataire, soit quand celui-ci n'exécute pas les obligations mises à sa charge (*nisi tu male in se locata versata es*), soit quand lui bailleur a un intérêt majeur à reprendre sa chose : c'est ce qui se pro-

97. — Le séquestre, c'est-à-dire le dépositaire chargé de garder la chose litigieuse jusqu'au jour où la difficulté sou-

duira quand il établira qu'il veut demeurer dans sa maison ou y faire des travaux d'amélioration.

On ne saurait, bien évidemment, approuver au point de vue législatif cette facilité donnée au possesseur de violer les engagements qu'il a pris : quelque sérieux que soit l'intérêt du possesseur à reprendre sa chose, il y a cependant toujours dol, mauvaise foi de sa part, à se soustraire aux obligations qu'il a librement contractées. Aussi faut-il poser en principe que le possesseur ne sera ainsi autorisé à violer ses engagements que lorsqu'un texte précis lui permettra de le faire : cela admis, la question se pose de savoir s'il ne pourra le faire que dans les cas prévus par la loi 3 C., *De loc. et cond.*, liv. 4, t. 65. A mon avis, il faut y joindre le cas où le possesseur, ayant vendu la chose, veut l'enlever au détenteur pour la remettre à l'acquéreur, mais c'est là un point qui a fait doute et qui par suite nécessite quelques développements.

Posons nettement l'hypothèse sur laquelle nous devons raisonner en la présentant sous son aspect le plus habituel : supposons la vente consentie par le bailleur, en cours de bail, de la chose par lui louée. Un propriétaire a donc tout d'abord donné à bail le fonds qui lui appartient; puis, au cours de ce bail, il a vendu ce fonds : quelle va être la situation de l'acheteur et du vendeur? Pour exécuter la vente conclue, le propriétaire voudra remettre la chose à l'acheteur : il enverra donc cet acheteur auprès du locataire, après avoir invité celui-ci à livrer la chose à l'acheteur. Le locataire pourra-t-il se refuser à effectuer cette livraison en prétendant que, ayant le droit de conserver la chose en vertu du contrat de bail, il lui est permis d'invoquer cette *causa justa et probabilis* dont parle Marcellus, grâce à laquelle il empêchera le propriétaire de se prévaloir du droit qu'il a comme propriétaire et comme possesseur de reprendre la chose? Pourra-t-il, si le vendeur ou l'acheteur, au nom du vendeur, intentent les interdits possessoires pour reprendre la chose, opposer l'exception de dol fondée sur cette *causa justa et probabilis?* Ou bien au contraire devra-t-il faire la livraison demandée par l'acheteur, la vente étant considérée comme un de ces actes présentant un intérêt particulièrement sérieux pour le propriétaire qui permettent à celui-ci de ne pas se conformer à ses engagements, de reprendre sa chose, sauf à payer des dommages-intérêts? N'aura-t-il par conséquent aucun moyen si ce vendeur, ou l'acheteur au nom du vendeur, recourent aux interdits possessoires, de paralyser la demande formée contre lui?

On a soutenu que le locataire pouvait se refuser à faire la livraison à l'acheteur, qu'il pouvait victorieusement résister à l'interdit possessoire

levée relativement à cette chose aura été tranchée, et où, en conséquence, il devra la restituer à celui qui aura ob-

dirigé contre lui par le bailleur ou par l'acheteur, au nom de celui-ci.

Cette solution, conforme au principe énoncé plus haut : Qui doit garantie ne peut évincer, est commandée, a-t-on dit, par ce silence que garde à ce sujet la loi 3 C., *De loc. et cond.*, liv. 4, t. 65. Cette loi indiquant limitativement les hypothèses dans lesquelles le possesseur peut reprendre sa chose au détenteur malgré ses engagements; on ne saurait ajouter l'hypothèse qui vient d'être prévue à celles qu'énumère la loi.

En réalité, je ne crois pas cette opinion soutenable : sans doute il est exact de dire que ce n'est que dans les cas prévus par la loi que le possesseur pourra ainsi reprendre au détenteur la chose dont le contrat assure à celui-ci la détention; mais il est facile de montrer que, si la loi 3 C., *De loc. et cond.*, liv. 4, t. 65, ne prévoit pas cette hypothèse, il est d'autres textes qui montrent que le possesseur qui vend la chose peut, comme possesseur, enlever au détenteur la chose qu'il devrait lui laisser en vertu du contrat qui a été passé.

Telle est notamment la constitution bien connue due à l'empereur Alexandre Sévère, qui forme la loi 9 C., *De loc. et cond.*, liv. 4, t. 65, souvent nommée loi *Emptorem* à raison du mot placé au début :

« Il n'est nullement nécessaire que l'acheteur du fonds conserve le fer-« mier auquel le propriétaire avait loué antérieurement, à moins qu'il « n'ait traité à cette condition. Mais, s'il est établi qu'il a, par quelque clause « du contrat, consenti à conserver le fermier, il sera obligé d'accomplir « ce qui a été convenu, même s'il n'y a pas d'écrit, l'action étant de « bonne foi. »

On peut rapprocher de ce texte la loi 25, § 1 D., *Loc. cond.*, liv. 19, t. 2 :

« Celui qui a loué à une personne un fonds ou une maison pour qu'elle « en jouisse doit veiller, si, pour une cause quelconque il vend le fonds « ou les bâtiments, à ce que ce contrat de vente assure au fermier le droit « de jouir du fonds, au locataire celui de jouir de la maison à l'encontre « de l'acquéreur : autrement ce locataire, empêché de jouir, agira contre « le bailleur par l'*actio ex conducto.* »

Citons enfin la loi 59, § 1 D., *De usuf.*, liv. 7, t. 1 :

« Tout ce qui naît sur le fonds, tout ce qui y est perçu appartient « à l'usufruitier : il en est de même des loyers des fonds loués aupara-« vant, si les loyers ont été spécialement compris dans l'acte constitutif « d'usufruit. Mais, s'il n'y a pas eu une disposition expresse à ce sujet, « l'usufruitier peut, comme l'acheteur, expulser le fermier. »

Ces textes établissent nettement que, quand une vente est conclue par

tenu gain de cause, est certainement un détenteur, d'après les principes qui ont été étudiés jusqu'ici. Aussi le droit

le propriétaire d'un fonds, le propriétaire ou l'acheteur, au nom de celui-ci, peuvent expulser le locataire. Dirait-on que l'acheteur n'est pas obligé de respecter le bail, de conserver le fermier, que le locataire, empêché de jouir, agira en garantie contre le bailleur au moyen de l'*actio ex conducto*, que l'usufruitier peut, comme l'acheteur, expulser le fermier, si celui-ci avait le droit de s'opposer à ce que la chose sorte de ses mains, si, grâce à l'exception de dol, il avait le moyen de paralyser l'effet de l'interdit possessoire exercé contre lui?

En vain s'efforce-t-on d'expliquer de la façon suivante les textes qui viennent d'être cités.

Ces textes, a-t-on dit, prévoient l'hypothèse où, à la suite de la vente conclue par le bailleur, l'acheteur a été rendu propriétaire : il est alors certain que le locataire ne pourra nullement s'opposer à ce que l'acheteur se mette en possession et l'expulse. Et en effet il serait impossible dans ce cas de trouver une raison d'être à l'exception de dol qu'il voudrait opposer à l'acheteur. Le locataire peut bien reprocher un dol au bailleur qui, ayant vendu la chose, veut la lui reprendre au mépris des engagements contractés; mais l'acheteur, qui ne s'est obligé à rien envers le locataire, ne commet aucun dol lorsqu'il fait valoir à l'encontre de celui-ci le droit de propriété qui lui a été transféré : il est vrai de dire dans ce cas que le fermier peut être expulsé par l'acquéreur.

Mais, ajoute-t-on, il n'en sera plus de même dans le cas où, la vente ayant été conclue, il s'agit d'en assurer l'exécution en mettant l'acheteur en possession de la chose. Dans ce cas, l'acquéreur demandant la chose au locataire ne se présente pas comme propriétaire : il ne l'est pas encore, il ne le sera que quand la chose lui sera livrée : c'est le vendeur qui est encore propriétaire, et l'acheteur agit alors au nom du vendeur. Dès lors l'exception de dol que le locataire ne pouvait opposer lorsque l'acheteur agissait en son nom comme propriétaire, trouve au contraire sa place naturellement quand l'interdit est exercé par le vendeur ou en son nom : le locataire est bien fondé en effet à reprocher au vendeur le dol qu'il commet en lui enlevant la chose avant l'expiration du contrat de bail, et par conséquent à écarter ainsi l'acheteur agissant au nom de son vendeur.

Il n'est pas difficile de montrer que cette argumentation n'est en réalité nullement décisive. Constatons tout d'abord qu'aucun texte ne porte la trace d'une semblable distinction à faire suivant que l'acheteur serait ou non devenu propriétaire, et qu'il n'y a par conséquent dans l'explication donnée qu'une supposition proposée par certains interprètes qui

romain décide-t-il, en les appliquant, qu'en ce qui concerne l'usucapion, non seulement le séquestre n'usucapera

ne repose sur aucun fondement sérieux. Or, quand on examine les choses avec un peu de soin, on se persuade que non seulement elle n'est pas appuyée, mais que même elle est inadmissible. Et en effet quand, une vente ayant été consentie au cours du bail, le locataire est encore en possession, quelle est des deux hypothèses présentées celle qui est de nature à se présenter le plus fréquemment? Est-ce l'hypothèse dans laquelle l'acquéreur serait déjà devenu propriétaire? Est-ce au contraire celle dans laquelle l'acquéreur ne l'est pas encore?

Le plus léger doute n'est pas possible : on peut dire hardiment que quatre-vingt-dix-neuf fois sur cent, l'acheteur ne sera pas propriétaire si le locataire a encore la chose entre les mains. Et, en effet, pour que l'acheteur soit devenu propriétaire, il faut, si le transfert s'est fait par *mancipatio* ou *traditio*, que la chose ait été entre les mains de l'acheteur : conçoit-on que celui-ci, recevant ainsi la chose, la remette de nouveau au locataire, s'il ne veut pas le maintenir comme tel, s'il veut ensuite l'expulser? On ne voit donc guère comment le locataire pourrait, dans ces circonstances, détenir la chose après que l'acquéreur en est devenu propriétaire. Resteraient donc les hypothèses relativement rares (*a*) dans lesquelles, le transfert de la propriété se faisant au moyen de l'*in jure cessio*, et le transfert ayant pour objet un immeuble (*b*), la chose est toujours restée entre les mains du locataire : ce serait dans ce seul cas que l'on pourrait comprendre que l'acheteur agisse comme propriétaire contre le locataire. Dès lors, est-il à croire que, dans les nombreux textes qui existent sur cette question dans le Digeste, il n'y en ait pas un seul qui prévoie l'hypothèse habituelle, normale, du locataire se trouvant, après la vente conclue, en face du vendeur encore propriétaire, et que tous, au contraire, s'occupent de la situation rare, exceptionnelle, du fermier ayant en face de lui l'acheteur devenu déjà propriétaire?

Mais on peut fournir des arguments plus directs, montrer que le locataire n'a pas le droit de s'opposer à la prise de possession par l'acquéreur, prouver, par conséquent, qu'au cas de vente consentie par le bailleur, la *justa et probabilis causa*, que peut d'ordinaire invoquer le fermier, à

(*a*) Gaius, en effet, C. II, § 25, avertit qu'à raison des formalités qu'elle exige, l'*in jure cessio* était peu employée comme mode de transfert de la propriété, qu'on lui préférait la *mancipatio*, et par conséquent, *à fortiori*, la tradition.

(*b*) L'*in jure cessio*, en effet, étant donné les formalités qu'elle nécessitait, supposait la présence de la chose transférée : ce n'est qu'en ce qui concerne les immeubles qu'on s'est départi sur ce point de la rigueur primitive. V. Accarias, 4e édit., t. 1, p. 568, no 223.

jamais pour lui-même, mais de plus que celui à qui il devra restituer la chose, pourra, tout au moins sous certaines

raison même de l'existence du contrat de bail et des obligations qui en découlent à l'encontre de ce bailleur, ne peut légitimer la résistance qu'il voudrait opposer à l'effet d'empêcher celui-ci de se prévaloir de ses droits de propriétaire et de possesseur, en vue de reprendre sa chose au mépris de ses engagements.

Revenons, en effet, à la loi 12 D., *De vi*, liv. 43, § 16.

Marcellus, on s'en souvient, suppose dans ce texte que le propriétaire, ayant vendu le fonds par lui loué, envoie l'acheteur se mettre en possession du fonds : le fermier s'y oppose. Peu importe, dit alors le jurisconsulte, que le fermier ait ainsi empêché de venir sur le fonds le bailleur ou l'acheteur agissant par l'ordre de celui-ci ; dans les deux cas, le fermier pourra être poursuivi par le bailleur au moyen de l'interdit *unde vi*, à moins qu'il n'y ait une *justa et probabilis causa* expliquant la résistance du fermier. Peut-on dire d'une façon plus explicite que le fermier n'a pas le droit de s'opposer à ce que le bailleur ou l'acheteur en son nom reprenne la chose, que l'existence du contrat de bail qui, en règle générale, constitue une *justa et probabilis causa* suffisante pour motiver la résistance du locataire, ne saurait ici produire cet effet, le bailleur étant considéré, quand il a vendu la chose louée, comme ayant un intérêt sérieux à la reprendre? Et, en effet, s'il y avait ici une *justa et probabilis causa* justifiant la résistance du fermier, l'interdit *unde vi* ne pourrait être donné au bailleur contre lui quand il aurait ainsi repoussé le bailleur ou l'acheteur agissant au nom de celui-ci. Et remarquez qu'il est impossible de prétendre que le jurisconsulte s'est placé en présence de l'hypothèse dans laquelle l'acheteur serait déjà devenu propriétaire : le texte, en effet, dit bien nettement que l'interdit *unde vi* est donné au bailleur, que l'acheteur agit au nom du bailleur; reconnaît, par conséquent, sans qu'il puisse y avoir le moindre doute à ce sujet, que le bailleur est encore propriétaire.

Papinien, d'ailleurs, s'exprime comme Marcellus dans la loi 18 C., *De vi*, liv. 43, t. 26 :

« Un propriétaire, qui avait donné son fonds à bail, l'ayant vendu, avait « invité l'acheteur à entrer en possession : le fermier l'empêcha de le « faire : plus tard l'acheteur expulsa avec violence le fermier : qu'ad- « mettre relativement aux interdits *unde vi?* On a reconnu que le fermier « est tenu par cet interdit envers le vendeur : en effet peu importe que « ce soit le propriétaire ou une personne ayant reçu de lui mandat d'en- « trer en possession qui soit empêché de le faire, le propriétaire n'étant « considéré comme ayant abandonné la possession que lorsqu'elle est

conditions, se prévaloir pour arriver à l'usucapion, du temps pendant lequel ce séquestre aura eu la chose entre

« livrée à l'acheteur, personne n'ayant la pensée d'abandonner la pos-« session en faveur d'un acheteur tant que l'acheteur ne l'acquiert pas. « Quant à l'acheteur qui plus tard a employé la violence, lui-même est « tenu envers le fermier par l'interdit *unde vi* : en effet, le fermier possède « par violence non pas à l'encontre de l'acheteur, mais à l'encontre du ven-« deur à qui la possession a été ainsi enlevée. On s'est demandé si on de-« vait venir au secours de l'acheteur dans le cas où ce serait par la vo-« lonté du vendeur que le fermier aurait été ensuite expulsé par vio-« lence. J'ai répondu : Non, attendu qu'il a assumé un mandat illicite. »

Ce texte donne, on le voit, la même solution que le précédent : Le fermier qui empêche l'acheteur envoyé par le bailleur de se mettre en possession est tenu de l'interdit *unde vi* envers le bailleur, s'il s'oppose à la mise en possession de l'acheteur : il ne peut donc invoquer une *justa et probabilis causa*.

Toutefois l'interprétation de ce texte a donné lieu à des difficultés.

Cette première hypothèse résolue, le texte suppose qu'après un certain temps écoulé, l'acheteur use de violence pour se mettre en possession. S'il agit de sa propre initiative, la solution est simple ; il sera tenu envers le fermier par l'interdit *unde vi*. En effet, du jour où le fermier s'est opposé à ce que l'acquéreur envoyé par le bailleur entre en possession, ce fermier, de détenteur qu'il était auparavant, est devenu possesseur : il a sans doute une possession vicieuse en ce sens qu'il ne pourrait l'invoquer valablement à l'encontre de la victime de la violence commise, c'est-à-dire à l'encontre du bailleur; mais, vicieuse à l'encontre du bailleur, elle ne l'est à l'égard d'aucun autre : par suite, l'acheteur qui, par sa violence, trouble le fermier devenu possesseur sera donc tenu par l'interdit *unde vi* : « Celui qui possédait par violence à mon égard, dit la loi 1, « § 30 D., *De vi*, liv. 43, t. 16, a l'interdit, s'il est *dejectus ab alio*, s'il « est victime lui-même de la violence d'un tiers. »

Mais supposons que l'acheteur agisse *ex voluntate venditoris*, qu'il expulse avec violence le fermier sur l'invitation du bailleur : la même solution devra être admise. Le doute aurait été possible : en effet, la possession du locataire est vicieuse par rapport au bailleur, ne peut être opposée à celui-ci : elle ne doit pas pouvoir, semble-t-il, être opposée au mandataire du bailleur.

Néanmoins Papinien n'hésite pas à reconnaître au fermier l'interdit *unde vi* contre l'acquéreur : en effet il n'y a pas à tenir compte du mandat qui lui a été donné. Sans doute on en tiendrait compte, car le mandat serait parfaitement valable, si l'acquéreur en l'accomplissant devait

les mains : le séquestre est donc, au point de vue de l'usucapion, conformément aux principes du droit, un détenteur possédant pour celui à qui il doit remettre la chose : c'est ce qui résulte de la loi 39 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2. Et cependant, à tout autre point de vue, le droit romain n'hésite pas à le considérer comme possesseur :

« La propriété de la chose déposée reste au déposant, dit « la loi 17, § 1 D., *Dep. vel cont.*, liv. 16, t. 3 ; et il en est « de même de la possession, à moins que le dépôt n'ait été « fait entre les mains d'un séquestre : dans ce cas, le sé- « questre possède, car on a voulu en faisant ce dépôt que « la possession ne fût, pendant le temps du séquestre, à « aucun des déposants. »

ramener la possession au bailleur : mais ici il s'agit de faire acquérir la possession à l'acheteur : or le mandat ainsi donné à l'acheteur est illégal, car il s'agit en réalité d'enjoindre à cet acheteur de troubler, en commettant le délit de violence, une possession qui, par rapport à lui, est *justa*, est régulière, puisque le vice de violence est un vice relatif qui n'existe qu'à l'égard du possesseur dépouillé, c'est-à-dire du bailleur. La victime de la violence, le bailleur, aurait sans doute pu donner à quelqu'un mandat de reprendre la possession pour elle-même, car il lui est permis de recouvrer ainsi la possession : elle ne peut donner mandat à une personne d'acquérir la possession au moyen d'un acte de violence.

Telle est, suivant moi, la véritable explication du texte : elle suppose nécessairement, comme on a pu le voir, que le bailleur est resté propriétaire et possesseur après la vente conclue, au moment où l'acquéreur veut reprendre la chose, elle suppose également que le fermier n'a pas une *justa et probabilis causa* lui permettant de repousser le bailleur voulant reprendre la chose en cours du bail, quand cette manière d'agir se justifie par l'obligation où il se trouve de livrer à l'acquéreur la chose par lui vendue.

Les développements un peu longs qui viennent d'être présentés ont montré dans quelle mesure la possibilité d'opposer l'exception de dol a permis au détenteur de se défendre contre les attaques du possesseur et a diminué les inconvenients auxquels pouvait donner naissance la théorie romaine sur la possession. Mais l'exception de dol ainsi accordée au détenteur, utile pour paralyser les attaques du possesseur qui manque à la bonne foi en invoquant, au mépris du contrat passé, les droits que la possession lui confère, est impuissante pour lui permettre de se défendre contre les troubles apportés par des tiers à sa jouissance. Sans doute

Rappelons le but en vue duquel a été établi le séquestre, et nous comprendrons que, pour l'atteindre, il fallait faire, contrairement aux principes, du séquestre un possesseur : ce sont donc des considérations d'utilité pratique qui ont dicté cette solution. Deux ou plusieurs personnes sont en procès relativement à une chose, elles ne veulent pas que, tant que dureront les difficultés, la chose reste entre les mains de l'une d'elles, que l'une d'elles puisse se prévaloir des avantages de la possession : en conséquence, elles confient la chose à un tiers, nommé séquestre, qui la conservera jusqu'au jour où seront aplanies les difficultés et qui la restituera alors à la partie qui aura obtenu gain de cause. Or si, conformément aux principes généraux, on n'avait

on pourra dire que le contrat passé entre le possesseur et le détenteur, entre le bailleur et le locataire, pour reprendre l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons, et qui oblige le possesseur à respecter la détention qu'il a consentie, à assurer la jouissance promise, donnera au détenteur une action à l'effet d'obliger le possesseur à le défendre; sans doute le fermier, par exemple, se prévaudra du contrat de bail à l'encontre du bailleur, pour le contraindre à venir à son secours et à se servir, par conséquent, dans son intérêt à lui fermier, des interdits attachés à son titre de possesseur. Mais le bailleur peut s'y refuser, et les dommages-intérêts auxquels il sera condamné ne compenseront peut-être pas pour le fermier la perte de la jouissance de la chose à laquelle lui donnait droit le contrat de bail passé. On conçoit par suite l'utilité qu'il y aurait eu pour le fermier à pouvoir défendre lui-même sa possession à l'encontre des tiers; mais il y avait une grande hardiesse à l'admettre : c'était, contrairement aux principes fondamentaux régissant les droits personnels, donner effet à un tel droit à l'encontre de personnes qui n'ont pas été parties au contrat : aussi le droit romain n'a-t-il pas osé le faire; il n'a pas cru pouvoir, comme l'a fait notre Code civil, article 1743, permettre au fermier d'opposer son bail à un tiers qui vient le troubler, à l'acquéreur, par exemple, agissant non pas comme mandataire du bailleur, mais en son propre nom. Au reste, c'est seulement au profit du fermier que le Code civil a cru devoir admettre une règle si contraire aux principes généraux du droit; en toute autre hypothèse, s'en tenant aux règles du droit commun, il reconnaît que le détenteur, troublé par un tiers dans sa détention, ne peut lui-même faire cesser ce trouble et doit nécessairement s'adresser à celui qui a promis de lui procurer la jouissance, de lui assurer la détention, pour qu'il fasse cesser ce trouble.

vu dans le séquestre qu'un simple détenteur, le résultat désiré n'aurait pas été atteint.

Celui qui, avant la constitution du séquestre, avait la situation de possesseur, aurait conservé cette situation, le séquestre n'étant devenu que détenteur : il aurait pu par conséquent enlever au séquestre la chose au moyen des interdits possessoires. Sans doute, on pourrait dire que, dans ces circonstances, le séquestre opposera l'exception de dol, étant donné les développements présentés dans la note placée au bas du texte, mais il faut observer qu'il n'y aurait peut-être eu là qu'un remède insuffisant, l'exception de dol, ainsi qu'on l'a vu, ne pouvant pas toujours être victorieusement opposée. D'autre part, si on suppose que la chose remise au séquestre passe pour un motif quelconque entre les mains d'un tiers, le séquestre, simple détenteur, n'aurait pu la reprendre. C'aurait été le possesseur, c'est-à-dire celui qui avait la chose à sa disposition, avant qu'il n'y eût séquestre, qui aurait pu le faire : ici encore, contrairement à l'intention des parties, la chose serait revenue entre les mains de celui-là même à qui la constitution du séquestre avait pour but de l'enlever. Le séquestre devait donc être considéré comme possesseur, je ne dis pas à tout point de vue, mais au moins en ce qui concerne l'exercice des interdits possessoires : autrement la convention passée entre les parties n'aurait pas produit les résultats en vue desquels elle avait été précisément faite.

PARTIE IV.

DE LA POSSESSIO INJUSTA OU VITIOSA.

98. — Les dernières explications qui doivent être données pour compléter l'exposé général de la théorie de la possession en droit romain sont destinées à faire connaître une restriction fort importante apportée à l'application des principes que nous avons étudiés.

Sans doute on doit considérer comme possesseur, on doit protéger comme tel tout individu qui a une chose entre les mains lorsque, sans trancher la question de savoir qui a la propriété de la chose, il est impossible de prouver qu'il ne peut être propriétaire : mais était-il juste d'attribuer dans leur intégrité toutes les prérogatives qu'assure la possession à celui qui ne doit ainsi sa situation de possesseur qu'à un acte délictueux qu'il aurait commis? Certainement non : en effet, qu'il soit propriétaire ou non, cet individu, qui ne possède que grâce à un délit, ne doit pas pouvoir invoquer les droits qu'il aurait comme possesseur à l'encontre de celui qui souffre de ce délit, qui s'est vu ainsi privé de la possession. De là la théorie de la *vitiosa possessio* dont nous devons nous occuper; de là la théorie de la possession viciée à raison même du délit de celui qui l'invoque et qui, produisant ses effets habituels à l'égard de tous, ne saurait au contraire en produire aucun à l'encontre de la victime de ce délit.

Quand en sera-t-il ainsi?

Les hypothèses dans lesquelles il y a *vitiosa possessio* se divisent en deux grandes classes : la possession peut être en effet vicieuse, ou bien parce que l'acte par suite duquel la possession a été acquise constitue un délit, ou bien parce que la continuation de la possession, jusque-là *justa*, n'a pu être obtenue qu'à la suite d'un fait délictueux.

De là la division de notre sujet en deux chapitres :

Chap. I. De la *possessio vitiosa* par suite du fait qui lui a donné naissance.

Chap. II. De la *possessio vitiosa* par suite du fait qui en a causé la continuation.

CHAPITRE I.

DE LA POSSESSIO VITIOSA PAR SUITE DU FAIT QUI LUI A DONNÉ NAISSANCE.

99. — Le droit classique a connu deux hypothèses dans lesquelles la possession était vicieuse par suite du fait qui lui avait donné naissance, et par conséquent ne pouvait permettre au possesseur de se prévaloir des avantages attachés à ce titre à l'encontre du possesseur antérieur dépouillé par suite de cet acte délictueux. Les textes montrent, en effet, que la possession était considérée comme vicieuse quand elle avait été acquise, soit au moyen d'un acte de violence, soit à l'aide de manœuvres tendant à laisser ignorer par le possesseur antérieur la prise de possession : c'est ce qui va être facile d'établir. On sait que le possesseur a, pour faire valoir sa possession, soit l'interdit *uti possidetis*, s'il s'agit d'un immeuble, soit l'interdit *utrubi*, s'il s'agit d'un meuble : or il est absolument certain que le possesseur d'un immeuble ne triomphera grâce à l'interdit *uti possidetis*, que le possesseur d'un meuble n'obtiendra gain de cause au moyen de l'interdit *utrubi*, qu'autant qu'il ne possédera *nec vi, nec clam ab adversario*, qu'autant que sa possession ne sera, par rapport à son adversaire, entachée ni de clandestinité, ni de violence. C'est ce qui résulte, en ce qui concerne le possesseur d'un immeuble, de la loi 1 pr. D., liv. 43, t. 17, *Uti possidetis :*

cette loi donne la formule même de l'interdit qui est ainsi conçue :

« Étant donné que l'un de vous possède par rapport à « l'autre les bâtiments dont s'agit *nec vi, nec clam, nec pre-* « *cario,* je défends qu'il soit fait aucun acte de violence « devant produire ce résultat que vous ne possédiez plus « ainsi. »

Le préteur déclare donc bien formellement qu'il ne défend qu'il soit porté atteinte à la situation du possesseur actuel qu'autant qu'il ne possède *nec vi, nec clam ab adversario,* qu'autant qu'il ne doit pas sa possession à un acte de violence, à des manœuvres clandestines, commis à l'encontre de son adversaire; il reconnaît donc que celui qui a été victime de la violence, des manœuvres clandestines peut à bon droit reprendre la chose au possesseur qui l'a ainsi dépouillé.

En ce qui concerne le possesseur de meubles, la formule de l'interdit *utrubi,* telle que la fait connaître la loi 1 pr. D., *Utrubi,* liv. 43, t. 31, ne révèle pas l'existence de cette condition à savoir que, pour triompher, le possesseur ne doit posséder, *nec vi, nec clam ab adversario;* mais on ne saurait douter qu'elle ne fût exigée, et l'on doit croire à une lacune dans la loi qui vient d'être citée. En effet, les jurisconsultes romains en font mention dans les mêmes termes, qu'il s'agisse de la possession des meubles ou des immeubles : voici notamment ce que dit Gaius, C. IV, § 150 :

« S'il y a lieu à un interdit au sujet d'un fonds ou de « bâtiments, le préteur déclare que l'on doit préférer ce- « lui qui, au jour de l'émission de l'interdit, possède *nec* « *vi, nec clam, nec precario,* par rapport à son adversaire; « si c'est au sujet d'un meuble, le préteur déclare qu'on « doit préférer celui qui a possédé pendant la plus grande « partie de l'année, *nec vi, nec clam, nec precario,* par rap- « port à son adversaire : et c'est ce qui est suffisamment « indiqué par les termes mêmes des interdits. »

100. — Ainsi donc les jurisconsultes romains, partant de cette idée que personne ne doit pouvoir, en commettant un délit, améliorer sa situation au détriment de celui qui en a été victime, décidèrent que celui qui n'aurait ainsi acquis la possession qu'au moyen d'actes de violence ou de manœuvres clandestines, ne pourrait se prévaloir de la possession qu'il a ainsi acquise, à l'encontre de l'ancien possesseur, victime de ces actes délictueux. Mais, ce point acquis, il faut indiquer avec plus de précision comment ce résultat a été obtenu : on va voir qu'il y a eu à ce sujet divergence entre les jurisconsultes romains.

Certains jurisconsultes en effet, remarquèrent que le possesseur actuel, à raison même de l'origine vicieuse de sa possession, ne jouit pas de tous les avantages reconnus au *possessor justus,* que le possesseur antérieur qui a été dépossédé par suite de manœuvres clandestines ou d'actes de violence, continue à en conserver quelques prérogatives, puisqu'il n'a pas à craindre les interdits invoqués par le possesseur actuel, puisqu'il a les interdits *recuperandæ possessionis* qui lui permettent de recouvrer la possession; et, par suite, ils ont cru devoir en tirer cette conclusion que, dans ces hypothèses, il y a deux possesseurs, le possesseur actuel et le possesseur antérieur.

D'autres jurisconsultes, au contraire, partirent de cette idée absolument contraire qu'il ne saurait être admis en raison qu'une chose ait en même temps deux possesseurs la possédant chacun pour le tout, et ils déclarèrent en conséquence que, puisque le possesseur actuel est possesseur, l'ancien possesseur ne peut l'être, de telle façon que c'est en s'appuyant uniquement sur les considérations d'équité que je viens de faire valoir qu'ils expliquèrent que l'ancien possesseur ait les moyens de recouvrer la possession, n'ait pas à craindre que le possesseur actuel puisse se prévaloir à son encontre des prérogatives que lui assure la possession.

Étudions d'un peu plus près cette divergence d'opinions qui s'est produite entre les jurisconsultes romains.

Ainsi que je viens de le faire observer, la raison se refuse à concevoir que deux personnes puissent en même temps posséder chacune pour le tout une même chose : on ne peut admettre en effet que deux personnes soient en même temps propriétaires chacune pour le tout d'une même chose : dès lors pourrait-on dire que deux personnes exerceront chacune pour le tout sur une même chose le droit de propriété?

Ceci admis, on est nécessairement amené à se demander comment les jurisconsultes romains qui reconnaissaient que celui qui s'est vu enlever la chose *vi aut clam* possédait en même temps que celui qui la lui a ainsi enlevée, ont pu concilier cette solution avec le principe certain qui vient d'être posé.

Voici l'explication qui doit être donnée. Ces jurisconsultes sont partis de cette idée que l'on exagère la portée de la règle suivant laquelle deux personnes ne peuvent pas posséder pour le tout en même temps la même chose, quand on déclare qu'il en résulte que celui qui n'a plus la chose entre les mains par suite d'actes de violence ou de manœuvres clandestines cesse d'être possesseur, parce que celui qui a commis cet acte répréhensible le devient. Sans doute, d'après la nature des choses, l'individu ainsi dépouillé ne possède plus, puisqu'il n'a plus la chose entre les mains : mais n'était-il pas du devoir du législateur de ne pas s'en tenir à cela et de conserver les avantages de la possession à celui qui les perdrait ainsi, si la loi ne venait pas à son secours, par suite d'un acte délictueux commis par un tiers? Ne devait-on pas continuer à le considérer comme possesseur?

Si l'on admet cette idée, on interprétera de la façon suivante le principe suivant lequel deux personnes ne peuvent en même temps posséder pour le tout la même chose.

On dira qu'on ne peut concevoir deux *possessiones justæ* existant en même temps pour le tout sur la même chose, qu'on ne peut non plus admettre deux *possessiones injustæ*

existant dans les mêmes conditions parce que, dans toutes ces hypothèses, il n'y a aucune raison décisive obligeant à admettre une solution qui ne concorde pas avec la réalité des faits, mais on décidera qu'il pourra y avoir une *possessio justa* continuant à exister sur la chose en même temps que la *possessio injusta* acquise par celui qui a la chose entre les mains, grâce à la violence ou à des manœuvres clandestines.

C'est bien l'interprétation que donne Julien dans la loi 19 pr. D., *De prec.*, liv. 43, t. 26 :

« Deux personnes, dit ce jurisconsulte, ne peuvent pas « plus avoir la chose pour le tout à titre de précaire, qu'elles « ne pourraient *in solidum* posséder *vi* ou *clam :* en effet, « il ne peut y avoir en même temps deux *possessiones justæ* « ou deux *possessiones injustæ.* »

On le voit, Julien, appliquant le principe qui veut que deux personnes ne puissent en même temps posséder pour le tout la même chose, a bien soin de déclarer qu'il n'en est ainsi qu'autant qu'il s'agit de deux *possessiones justæ* ou *injustæ :* il reconnaît donc qu'il en serait autrement s'il s'agissait de deux possesseurs dont l'un aurait une *possessio justa* et l'autre une *possessio injusta.* En effet, s'il n'avait pas reconnu la possibilité de la coexistence de ces deux possessions, pourquoi aurait-il pris le soin de dire : *nam neque justæ neque injustæ possessiones duæ concurrere possunt?* Pourquoi n'aurait-il pas dit simplement : *nam duæ possessiones concurrere non possunt?*

Au reste, la théorie qui vient d'être exposée n'est pas particulière à Julien : un texte de Paul qui professe l'opinion contraire va permettre de mieux connaître encore la controverse.

« Plusieurs personnes, dit Paul dans la loi 3, § 5 D., *De « adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, ne peuvent au con- « traire posséder pour le tout la même chose. En effet, c'est « une chose contre nature qu'alors que j'ai une chose entre « les mains, vous soyez considéré comme la tenant égale-

« ment. Sabinus cependant décide que le concédant en « précaire possède en même temps que celui à qui le pré- « caire a été concédé. Trebatius admettait la même chose, « pensant que deux personnes pouvaient posséder en même « temps la même chose l'une *juste*, l'autre *injuste*, mais « que deux personnes ne pouvaient en même temps possé- « der toutes deux *juste* ou toutes deux *injuste* la même « chose. Mais Labéon critique cette solution, disant qu'en « fait de possession peu importe qu'une personne possède « *juste* ou *injuste*. Et c'est l'idée vraie. La possession ne « peut pas plus appartenir à deux personnes, que vous ne « pouvez être considéré comme debout à l'endroit où je « suis debout, comme assis à l'endroit où je suis assis. »

L'opinion de Julien était donc celle de Trebatius et de Sabinus; mais, comme on le voit, elle était combattue par Labéon et Paul auxquels il faut joindre, comme je vais le prouver tout à l'heure, Ulpien. Quelles considérations font valoir Paul et Labéon pour soutenir qu'il ne peut y avoir en même temps pour le tout sur la même chose une *possessio justa* et une *possessio injusta?* Ils montrent que le principe qui veut que deux personnes ne puissent posséder en même temps pour le tout la même chose est commandé par la nature même des choses, étant donné que, si une personne détient la chose, bien manifestement une autre ne pourra la détenir : c'est, dit Paul, tout aussi impossible que d'admettre qu'une personne puisse être debout ou assise à la place même où est debout, où est assise une autre personne : or, les raisons qui imposent ce principe se retrouvent aussi bien qu'il y ait *possessio justa* ou *injusta*. Le *possessor injustus* qui a la chose entre les mains empêche tout aussi bien que le *possessor justus* toute autre personne de l'avoir entre ses mains. Dès lors on doit repousser la distinction proposée à ce sujet par Sabinus, Trebatius et Julien.

L'opinion de Paul paraît avoir triomphé : cela résulte suivant moi tout d'abord de ce que Paul est un juriscon-

sulte postérieur à ceux qui professaient l'opinion opposée, et aussi de ce que c'était également l'opinion d'Ulpien qui vivait à la même époque que Paul. C'est ce que je vais maintenant établir. Ce point demandera quelques développements, attendu que la lecture superficielle de certains textes dus à ce jurisconsulte pourrait conduire à une solution contraire : l'étude de ces textes permettra d'ailleurs d'exposer de nouveaux arguments à l'encontre de la théorie qui proclame le concours possible sur une même chose de deux possessions, l'une *justa,* l'autre *injusta.*

Qu'Ulpien partage l'opinion de Paul, qu'il ne reconnaisse plus le titre de possesseur à celui qui a été expulsé par violence, qui a été privé de la possession par suite d'une appréhension clandestine, c'est ce qu'établit la loi 1, § 45 D., *De vi,* liv. 43, t. 16.

Ici on se trouve en présence d'un texte qui, à première vue, pourrait faire croire qu'Ulpien, d'accord avec Julien et Trebatius et contrairement à Paul, soutient que celui qui a été expulsé par violence, possède encore. En effet, cela paraît bien résulter des premiers mots de ce texte tel qu'il nous est parvenu :

« Que l'interdit *unde vi* n'appartienne qu'à celui qui « possède, c'est ce qui est prouvé, etc. »

En réalité, il en est tout autrement. La traduction de la fin du texte va montrer qu'une négation a été omise et que le commencement posait, au contraire, comme principe qu'il n'y a que celui qui ne possède pas qui peut se servir de l'interdit *unde vi.* Traduisons, en effet, ce texte en ajoutant la négation :

« Que l'interdit *unde vi* n'appartienne qu'à celui qui ne « possède pas, c'est ce qui est prouvé par l'espèce suivante « proposée par Vivianus : Si une personne m'expulse par « violence, mais n'expulse pas les miens, je ne pourrai « me servir de cet interdit *unde vi :* en effet, je conserve « la possession par l'intermédiaire des miens qui n'ont pas « été expulsés. »

Bien manifestement, la négation devait être rétablie au début du texte : et en effet si, comme le dit le début du texte en le prenant sans négation, celui-là qui possède a l'interdit *unde vi*, comment comprendre que le jurisconsulte, qui aurait posé ce principe, en tire cette conséquence que celui qui a été victime d'un acte de violence, mais qui cependant continue à posséder, ne doit pas avoir l'interdit *unde vi?* Les deux parties du texte seraient donc absolument inconciliables. Au contraire, elles se concilient fort bien si on admet qu'une négation a été omise, qu'Ulpien devait déclarer dans les premiers mots du texte que, pour avoir l'interdit *unde vi,* il faut être dépossédé : cette règle établie, il était ensuite naturel d'en tirer cette conséquence que celui qui est victime de la violence, mais qui n'est pas dépossédé, ne doit pas avoir cet interdit.

Puisque le jurisconsulte Ulpien reconnaît que l'interdit *vi* n'est donné qu'à celui qui ne possède pas, il reconnaît nécessairement que celui qui est *dejectus vi* ne conserve pas la possession; car, s'il la conservait, il serait impossible de citer une seule hypothèse dans laquelle l'interdit *unde vi* pourrait être intenté.

Mais cette conclusion à laquelle nous sommes amenés par l'étude attentive de la loi 1, § 45 D., *De vi*, liv. 43, t. 26, n'est-elle pas combattue par un autre texte qui est également d'Ulpien, par la loi 3 pr. D., *Uti poss.,* liv. 43, t. 17 ?

« Si deux personnes possèdent pour le tout, dit cette loi, « voyons ce qu'il faut dire : recherchons de quelle façon « cela se produirait. Si on suppose qu'il y a *possessio justa* « et *possessio injusta,* moi possédant *ex justà causà,* vous « *vi* ou *clam,* et si vous possédez la chose me l'ayant prise, « je l'emporterai dans l'interdit; si vous la possédez ne la « tenant pas de moi, personne ne triomphera, car vous « possédez et moi aussi. »

On voit facilement l'argument que l'on peut tirer de ce texte pour soutenir que, d'après Ulpien, il pouvait y avoir

en même temps sur une même chose une *possessio justa* et une *possessio injusta*. Ulpien, a-t-on pu dire, est si bien le partisan de cette opinion qu'il suppose expressément que deux personnes possèdent en même temps pour le tout, et qu'il indique que cela se produira dans le cas où l'une possédera *juste* et l'autre *injuste*. Mais ici encore, comme pour le texte précédent, il est facile de montrer, par une étude plus attentive, que la loi citée doit conduire à admettre la solution contraire.

En effet, on a pu remarquer que la solution présentée par Ulpien aboutit en réalité dans certains cas à l'impossibilité pour le juge de donner une solution : si, en effet, on suppose que les deux parties en présence soient, d'une part, le possesseur dépouillé, et, d'autre part, une autre personne qui n'a pas une possession vicieuse à l'encontre du possesseur dépouillé, attendu qu'elle n'a pas commis par rapport à lui un fait délictueux, si on suppose par exemple qu'il y ait en présence le possesseur dépouillé et un possesseur régulièrement mis en possession par celui qui a commis le fait délictueux, comme on se trouve alors en présence de deux *possessores justi*, le juge saisi de la question par l'interdit *uti possidetis* ne pourra donner aucune solution : il est en présence de deux possesseurs; aucun des deux n'a une possession vicieuse par rapport à l'autre : comment décider au profit de l'un d'eux?

N'est-il pas à croire dès lors qu'en donnant cette solution, Ulpien a entendu non pas développer les conséquences d'une théorie qui serait la sienne, mais montrer que les solutions qui découlent de la théorie opposée seraient inacceptables? Il faut bien, en effet, regarder comme non satisfaisante une doctrine qui ne permet pas au juge de trancher une difficulté qui lui est soumise. En d'autres termes, tandis que Paul, dans la loi 3, § 5 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, combat la théorie qui admet qu'il peut y avoir en même temps deux possesseurs, l'un *justus*, l'autre *injustus*, sur la même chose en déclarant que c'est

là bâtir une théorie absolument contraire à la nature des choses, Ulpien, dans le texte qui vient d'être étudié, la combat en montrant qu'elle conduit en pratique à l'impossibilité de trancher certaines difficultés.

Au reste, cette interprétation qui a été donnée de la loi 3 pr. D., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17, ne découle pas seulement de la considération que je viens de faire valoir; elle est en outre commandée par la loi 1, § 45 D., *De vi,* liv. 43, t. 16. On vient de voir, en effet, que ce texte ne saurait se comprendre autrement que comme voulant dire que l'interdit *unde vi* se donne seulement à celui qui ne possède pas, que comme consacrant la notion que n'est pas possesseur celui qui est expulsé par la violence. Si telle est la théorie exposée par Ulpien dans la loi 1, § 45 D., *De vi,* liv. 43, t. 15, il n'a pu vouloir, dans la loi 3 pr. D., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17, prétendre que celui qui a été expulsé par la violence possède encore.

Enfin, les termes mêmes employés par Ulpien ne sauraient laisser place au doute. Si Ulpien admettait que réellement deux personnes peuvent posséder *in solidum,* viendrait-il nous dire : Voyons dans quelle hypothèse cela pourrait bien se produire? Ajouterait-il ensuite : « *Si quis proponeret possessionem justam et injustam?* » N'indiquerait-il pas cette hypothèse nettement, sous une forme nullement dubitative?

L'étude de ces deux textes ne suffit pas pour établir, d'une façon certaine, la théorie d'Ulpien : en effet, il reste encore à citer un texte d'Ulpien, relatif à la possession acquise *clam* et qui, lui aussi, pourrait être interprété d'une façon contraire à son sens véritable : il s'agit d'une loi déjà citée, de la loi 6, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 :

« Un individu allant au marché n'a laissé personne pour « garder sa maison; un tiers l'ayant occupée pendant son « absence, ce tiers est, d'après Labéon, considéré comme « possédant *clam.* En conséquence, celui qui est allé au

« marché conserve la possession. Mais s'il a repoussé le « maître à son retour, il possède non pas *clam* mais *vi.* »

Il semble, tout au moins en ce qui concerne la possession acquise *clam,* qu'Ulpien admet la théorie de Julien : il reproduit l'opinion de ce jurisconsulte; il reconnaît comme lui que celui qui profite de l'absence du propriétaire pour s'introduire dans la maison possède *clam* et il en tire cette conséquence que ce propriétaire absent continue néanmoins à posséder. N'est-ce pas consacrer nettement la théorie que deux possessions, l'une *justa,* l'autre *injusta,* peuvent exister en même temps pour le tout sur la même chose?

Cette interprétation paraît très satisfaisante, mais elle est cependant inacceptable, si on la rapproche des deux autres textes d'Ulpien, étudiés précédemment : comment donc doit-on comprendre notre texte?

J'en ai déjà donné l'explication[1]; j'ai dit que, celui qui a acquis la chose *clam* étant considéré comme ne possédant pas au temps d'Ulpien, alors qu'il était réputé posséder au temps de Labéon, Ulpien devait (et c'est ce que dit le texte), puisque celui qui s'est saisi de la chose *clam* n'en est pas devenu possesseur, maintenir la possession à celui à qui la chose a été ainsi enlevée.

101. — Ayant ainsi étudié la controverse qui existait entre les jurisconsultes romains sur le point de savoir si deux possessions, l'une *justa,* l'autre *injusta,* pouvaient coexister en même temps pour le tout sur une même chose; je dois rechercher quelle en était l'importance pratique.

Sans aller jusqu'à dire qu'elle ne pouvait avoir qu'un intérêt purement théorique, on doit cependant reconnaître que, presque sur tous les points, les jurisconsultes romains arrivaient aux mêmes solutions.

En effet, que l'on attribue ou non la possession à celui

[1] V. page 157 et suiv.

qui n'a plus la chose entre les mains, soit par suite d'un acte de violence commis par un tiers, soit par suite d'une appréhension clandestine, on reconnaîtra que celui qui n'a plus la chose entre les mains ne pourra pas usucaper, qu'il ne pourra pas se prévaloir de la possession, alors même qu'elle lui serait reconnue, pour arriver à l'usucapion. En effet, la loi 5 D., *De usurp. et usuc.,* liv. 41, t. 3, le dit formellement :

« La possession est interrompue naturellement quand le « possesseur est expulsé par force, ou quand la chose lui « est enlevée : dans ce cas, ce n'est pas seulement à l'égard « de celui qui prend la chose que la possession est inter- « rompue, mais à l'égard de tous. Et peu importe que celui « qui a fait cet acte d'interruption soit ou non propriétaire, « peu importe qu'il possède *pro suo* ou *ex lucrativâ causâ.* »

On a voulu quelquefois, il est vrai, contester cette solution et prétendre que certains jurisconsultes, tout au moins ceux qui admettaient la coexistence possible sur une même chose de deux possessions, l'une *justa,* l'autre *injusta,* devaient considérer l'usucapion comme pouvant s'accomplir au profit du *dejectus vi;* et l'on a invoqué en ce sens la loi 17 pr. D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2 :

« Celui qui a été *dejectus vi,* dit cette loi, doit être réputé « possesseur, attendu qu'il peut, par l'interdit *unde vi,* « recouvrer la possession. »

Cette loi, a-t-on prétendu, admettant la théorie d'après laquelle celui qui est *dejectus vi* n'en reste pas moins possesseur quoique l'auteur de la violence le devienne, tirant de là cette conséquence qu'il continue à jouir des prérogatives qu'assure la possession, conduit nécessairement à cette conclusion qu'il doit, étant resté possesseur, continuer à usucaper.

Mais on doit tout d'abord prendre garde que ce texte est d'Ulpien, que bien certainement Ulpien n'admet pas que deux possessions puissent exister en même temps sur la même chose ; on doit en outre remarquer que la solution

que l'on tire de ce texte est bien contraire à ce qui est si nettement exprimé par la loi 5 D., *De usurp. et usuc.,* liv. 41, t. 3. Enfin, on doit ajouter que les jurisconsultes, qui bien certainement déclarent qu'une *possessio justa* peut sur une même chose exister en même temps qu'une *possessio injusta,* sont eux-mêmes formels pour reconnaître que ce *dejectus vi* ne peut usucaper, quoique demeuré possesseur. C'est ce que professe Julien, notamment dans la loi 7, § 4 D., *Pro empt.,* liv. 41, t. 4, dont la fin seule nous intéresse.

Julien dans ce texte suppose qu'un individu qui possédait un immeuble, en a ensuite perdu la possession, et qu'enfin il la recouvre : il se demande ce qui en résultera relativement à l'usucapion; et alors, reconnaissant que, quand l'individu dont il s'agit, recouvre la possession, il y a une possession nouvelle qui commence, il déclare qu'il faudra la bonne foi au début de cette nouvelle possession pour qu'elle puisse conduire à l'usucapion. Cette théorie exposée, Julien ajoute :

« Il en sera de même pour celui qui, dépouillé par vio-
« lence de la possession d'un fonds de terre, a recouvré la
« possession grâce à un interdit, sachant alors que le fonds
« appartenait à autrui. »

Julien, venant de dire que celui qui recouvre la possession sachant bien que la chose était à autrui, ne peut usucaper, reproduit cette solution à propos de celui qui a été *dejectus vi :* il reconnaît donc que, au point de vue de l'usucapion, le *dejectus vi* devait être considéré comme ayant été dépossédé à partir du jour où il a été victime de la violence.

Il est donc établi que la question de savoir si les jurisconsultes romains ont admis la coexistence possible sur une même chose d'une *possessio justa* et d'une *possessio injusta* n'a aucune importance relativement à l'usucapion, que, quelque opinion qu'ils aient adoptée sur la question, ils ont été unanimes pour décider que l'usucapion ne pourra

pas continuer au profit de la victime du délit, à dater du jour où elle se trouve dépossédée.

Mais alors comment expliquer la loi 17 pr. D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2?

La solution que donne le texte d'Ulpien a le tort d'être présentée d'une façon absolument générale : ce qu'il faut dire, c'est que ce n'est pas à tous les points de vue, mais à certains points de vue seulement que l'allégation d'Ulpien est vraie : fausse en ce qui concerne l'usucapion, cette allégation devient l'expression de la vérité quand on examine les rapports existant entre l'ancien possesseur et le nouveau. Et en effet c'est à bon droit que l'on dira que, vis-à-vis du nouveau possesseur, l'ancien peut se considérer comme possédant encore, puisqu'il ne dépend que de sa volonté de recouvrer, quand il le voudra, la possession en exerçant l'interdit *recuperandæ possessionis*. C'est là tout ce que veut dire le texte, et ce serait commettre une erreur certaine que de lui attribuer une plus grande portée.

Sans importance, quand il s'agit de décider si celui qui a été dépossédé *vi aut clam* peut continuer à usucaper, la question de savoir si une *possessio justa* et une *possessio injusta* peuvent coexister en même temps pour le tout sur une même chose n'en a pas davantage à l'effet de déterminer si celui qui a été dépouillé par un fait délictueux, peut, pour rentrer en possession de la chose, intenter, quand il s'agit d'immeubles, l'interdit *unde vi*. La formule de cet interdit est si nette que les jurisconsultes romains qui soutenaient la coexistence possible des deux possessions sur une même chose, qui soutenaient par conséquent que le possesseur dépouillé était resté possesseur, ne pouvaient lui refuser l'interdit *unde vi*, quoique qualifié *recuperandæ possessionis*, quoique paraissant en conséquence ne pouvoir être donné à quelqu'un qui est toujours considéré comme possesseur. Et la formule même des interdits *uti possidetis* et *utrubi* montre que le possesseur d'un meuble qui en a été dépouillé, pourra, grâce à l'interdit *utrubi*, reprendre la

chose à celui qui la lui a enlevée; elle montre également que le possesseur dépouillé soit d'un meuble, soit d'un immeuble, se trouvant avoir la chose entre les mains, étant actionné, grâce à ces interdits, par le possesseur, auteur du fait délictueux, pourra se défendre avec succès en invoquant le fait délictueux du demandeur, sans que les jurisconsultes, niant la coexistence possible de deux possessions sur la même chose, puissent objecter qu'il n'est pas possesseur.

Cela dit, on voit que l'intérêt pratique que présentait la controverse, se résumait en ceci : Les jurisconsultes qui admettaient que, quand une personne avait été dépouillée de la possession par suite d'un acte délictueux, il y avait deux possesseurs, la personne dépouillée et l'auteur du fait délictueux, devaient en conclure que ces deux possesseurs avaient tous les deux les interdits *retinendæ posssessionis;* au contraire, ceux qui soutenaient l'opinion contraire devaient refuser ces interdits à celui qui, victime du délit, n'avait plus la chose à sa disposition.

Examinons d'un peu plus près quel intérêt aura celui qui a perdu la chose *vi aut clam* à pouvoir se servir des interdits *retinendæ possessionis*.

Constatons tout d'abord que, pour le possesseur dépouillé, il n'y aucun avantage à ce que l'interdit dont il se sert soit qualifié d'interdit *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*. Et en effet, de ce que le possesseur dépouillé pourrait se servir d'un interdit *retinendæ possessionis*, c'est-à-dire d'un interdit qui, étant donné sa qualification, semble avoir pour objet de conserver la possession, on ne pourrait en conclure que, quoique privé de la chose, il devrait être considéré comme la possédant encore et comme continuant à jouir des avantages que peut faire acquérir la possession. En effet la loi 5 D., *De usurp. et usuc.*, liv. 41, t. 3, a prouvé que ce possesseur dépouillé ne pourrait usucaper, eût-il ces interdits.

Dès lors, la seule utilité qu'il y a à reconnaître au posses-

seur dépouillé l'exercice des interdits *retinendæ possessionis* consiste en ce qu'il pourra exercer ces interdits ou les interdits *recuperandæ possessionis* à son choix. Il est d'ailleurs facile de montrer que ce n'est qu'en matière de possession immobilière que cette utilité se rencontrera, qu'elle n'existe pas quand il s'agit de la possession mobilière. Tandis en effet que le droit romain a, relativement à la propriété des immeubles, établi, à côté de l'interdit *retinendæ possessionis uti possidetis,* l'interdit *recuperandæ possessionis unde vi* au profit du possesseur dépouillé par la violence, et, au profit du possesseur dépouillé *clam,* l'interdit *recuperandæ possessionis de clandestinà possessione,* il n'a au contraire créé qu'un seul interdit ayant trait à la possession des meubles, l'interdit *utrubi*, qui est tout à la fois *retinendæ* et *recuperandæ possessionis,* étant donné que, d'une part, il permet à celui qui a actuellement la chose entre les mains de conserver sa possession, s'il a possédé la chose pendant la plus grande partie de l'année précédant l'émission de l'interdit *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario;* étant donné que, d'autre part, il donne à celui qui n'est plus possesseur, mais qui l'a été pendant la majeure partie de l'année précédente, le moyen de recouvrer la possession. Puisqu'il n'y a qu'un seul interdit possessoire relativement aux meubles, l'interdit *utrubi,* il est bien évident que le possesseur dépouillé ne pourra jamais, quelle que soit la théorie adoptée, agir autrement qu'au moyen de cet unique interdit.

Ne nous occupons donc que du possesseur d'immeubles dépouillé *vi aut clam,* et demandons-nous quel avantage il aura à pouvoir se servir, non seulement d'un interdit *recuperandæ possessionis,* mais aussi d'un interdit *retinendæ possessionis.* Cette étude doit être faite à un double point de vue : en effet, ce possesseur dépouillé peut avoir à agir contre celui qui lui a enlevé la chose ou contre un tiers.

Supposons tout d'abord que celui qui a été dépouillé de la possession d'un immeuble *vi aut clam* agisse contre celui qui s'est rendu coupable de cet acte de violence, de ces

manœuvres clandestines. Les jurisconsultes qui considèrent que celui qui s'est ainsi vu enlever la chose reste possesseur, doivent en conclure qu'il pourra, comme possesseur, se prévaloir de l'interdit *retinendæ possessionis* et obtenir ainsi gain de cause contre celui qui possède *vi* ou *clam*, puisque celui-ci ne saurait invoquer contre lui sa possession vicieuse. Au contraire, les jurisconsultes qui refusaient le titre de possesseur à celui qui avait été dépouillé de sa possession, ne devaient pas lui permettre d'exercer l'interdit *uti possidetis*. Depuis qu'il a subi l'acte de violence, depuis que les manœuvres clandestines se sont produites, il n'est plus possesseur; qu'il ait un interdit à l'effet de recouvrer la possession perdue, rien de mieux; mais on ne conçoit pas qu'il ait un interdit *retinendæ possessionis* : comment parler d'un interdit destiné à maintenir la possession à une personne qui ne possède pas?

Il semble donc qu'il y ait ici un intérêt pratique à prendre parti sur la question de savoir si le possesseur dépouillé par violence, ou à la suite de manœuvres clandestines, doit être considéré comme possédant en même temps que l'auteur de la violence ou des manœuvres clandestines; mais, avec un peu de réflexion, on s'aperçoit que celui qui a perdu la chose n'aura pas grand avantage à pouvoir ainsi intenter l'interdit *uti possidetis* plutôt que l'interdit *unde vi* qui doit lui être reconnu par tous les jurisconsultes. Si on compare les effets de l'interdit *unde vi* et de l'interdit *uti possidetis*, on s'aperçoit qu'à tous points de vue l'interdit *unde vi* est préférable, soit qu'il s'agisse de déterminer qui peut être poursuivi, soit qu'il s'agisse d'établir ce que le demandeur peut obtenir dans la condamnation, soit enfin qu'il s'agisse de fixer la procédure à suivre : ce sont là des points sur lesquels je crois inutile d'insister. Dès lors le seul avantage que pouvait présenter, au point de vue où nous nous sommes placés, la théorie des jurisconsultes qui reconnaissaient le titre de possesseur à celui qui a perdu la chose par suite de violence ou de clandestinité, consistait

en ce que la procédure était régulièrement intentée, si ce possesseur dépouillé, s'étant trompé, avait intenté l'interdit *uti possidetis*, tandis que, dans l'autre doctrine, ce possesseur dépouillé ne pouvait agir valablement que par l'interdit *unde vi*.

Jusqu'à présent l'intérêt qu'il pouvait y avoir à accorder un interdit *retinendæ possessionis* à celui qui a déjà à son service un interdit *recuperandæ possessionis* est bien peu considérable : reste un dernier point de vue à considérer. Cet interdit *retinendæ possessionis*, bien peu utile à celui qui a été dépouillé quand il veut poursuivre celui qui a agi *vi aut clam*, n'aurait-il pas au contraire une grande utilité à l'encontre des tiers autres que celui qui s'est emparé ainsi de la chose et qui peuvent cependant l'avoir entre les mains? Il semble tout d'abord que cette utilité soit manifeste. L'interdit *recuperandæ possessionis*, l'interdit qui permet de recouvrer la possession est fondé, qu'il s'agisse de l'interdit *unde vi* ou de l'interdit *de clandestinâ possessione*, sur ce fait que l'auteur de la violence, des manœuvres clandestines, doit réparer les conséquences du délit qu'il a commis : dès lors, au moyen de cet interdit, cet auteur de la violence, des manœuvres clandestines, peut seul être poursuivi. Si, par conséquent, on suppose que la chose n'est plus entre les mains de celui qui l'a appréhendée *vi aut clam*, la victime de la violence, des manœuvres clandestines, n'aura aucun moyen de la recouvrer à moins qu'on ne lui permette de se servir de l'interdit *retinendæ possessionis*. N'y a-t-il pas un grand avantage à reconnaître, comme le font certains jurisconsultes romains, que celui qui a perdu la chose *vi aut clam* en reste néanmoins possesseur? On lui permet ainsi de se servir de l'interdit *retinendæ possessionis* contre les tiers, résultat auquel on ne saurait atteindre dans la doctrine de Paul et d'Ulpien qui refusent le titre de possesseur à celui qui a été ainsi dépouillé.

C'est précisément pour examiner la question à ce point

de vue qu'Ulpien a donné la solution contenue dans la loi 3 pr., D., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17. Supposant que celui qui a été dépouillé *vi aut clam* reste possesseur, le jurisconsulte reconnaît qu'il aura l'interdit *uti possidetis*, et alors il se demande quel en sera l'effet. Est-il intenté contre l'auteur de la violence, des manœuvres clandestines? Cet interdit *uti possidetis* assurera le succès à la victime de ces faits délictueux, celui qui en est possesseur ne pouvant se prévaloir de sa possession à l'encontre de celui qu'il a dépouillé. Mais, on l'a vu, c'est là un résultat bien peu utile : l'interdit *recuperandæ possessionis* assure ces résultats d'une façon plus avantageuse. Au contraire, l'interdit *uti possidetis* est-il intenté contre un tiers? Le juge, dit Ulpien, se trouvera bien embarrassé : il sera en présence de deux possesseurs, ayant tous les deux droit d'exercer l'interdit *uti possidetis*, sans qu'il y ait aucune raison commandant de préférer l'un à l'autre, attendu que des deux possesseurs, aucun ne possède *vi aut clam* par rapport à l'autre : le juge ne pourra donc rendre aucune sentence. Le seul intérêt qui pouvait être invoqué en faveur de la théorie qui maintient la possession au profit du possesseur dépouillé *vi aut clam* disparaît, et non seulement on est obligé de constater qu'elle n'a aucune raison d'être, mais on doit ajouter en outre qu'elle présente le grave inconvénient d'aboutir dans certaines circonstances à une impasse, le juge ne pouvant donner de solution.

Nous conclurons donc sur cette question de la façon suivante : Des deux théories soutenues par les jurisconsultes romains, c'est certainement la théorie de Paul et d'Ulpien qui doit être préférée.

Comme il ne peut y avoir en même temps pour le tout sur une même chose qu'un seul possesseur, c'est, conformément aux principes généraux, celui qui a la chose entre les mains, qui l'a obtenue *vi aut clam* qui sera possesseur, et lui seul le sera. Quant à celui qui, par suite de l'appréhension violente ou clandestine, a cessé d'avoir la chose,

il n'est plus possesseur, il a seulement le droit de recouvrer la chose et de paralyser les interdits possessoires que le nouveau possesseur, qui n'est devenu tel que *vi aut clam,* pourrait avoir à exercer contre lui. Cette théorie est adoptée par les jurisconsultes les plus récents : il est donc à croire que c'est elle qui l'a emporté.

102. — J'ai ainsi étudié la possession déclarée vicieuse par suite du fait qui lui a donné naissance, telle que le droit romain l'a connue jusqu'au IIIe siècle de notre ère : à cette époque elle subit une modification importante. S'occupant spécialement de la possession des immeubles, le droit romain a pensé que le possesseur, dépouillé à la suite de manœuvres clandestines, ne se trouvait pas suffisamment protégé : partant de cette idée que l'exercice du droit de propriété ne suppose pas sur l'immeuble la présence continue du propriétaire, qu'on ne devait pas en conséquence considérer la possession comme ayant pris fin le jour où, le possesseur étant absent, un tiers s'est établi sur la chose, il décida que, malgré cette invasion du tiers, l'absent resterait possesseur, et que le tiers par conséquent ne le deviendrait pas jusqu'au jour où, averti de ce qui s'est passé, le possesseur dépouillé sera resté inactif, ou jusqu'au jour où, ayant voulu reprendre la chose, il aura été repoussé par la force. Je n'insiste pas davantage sur l'exposé de cette théorie dont nous nous sommes déjà suffisamment occupé[1], me contentant de faire observer que, quand elle a été admise, les principes qui viennent d'être posés en matière de possession vicieuse n'eurent plus d'application au cas d'appréhension clandestine d'un immeuble. Et en effet, que le possesseur dépouillé ait eu besoin d'un interdit *recuperandæ possessionis* pour rentrer en possession de l'immeuble quand il y avait eu appréhension clandestine par un tiers, c'est ce qui se comprenait fort bien lorsque

[1] V. page 154 et suiv.

le tiers était devenu possesseur par suite de cette appréhension : il fallait bien, puisqu'il n'était plus possesseur, lui donner un interdit pour recouvrer la possession : de là l'interdit de *clandestinà possessione*. Mais pourquoi lui assurer cet interdit à dater du jour où il fut reconnu que, nonobstant cette appréhension clandestine réalisée par un tiers, l'ancien possesseur reste possesseur, sans que le tiers le devienne? Comment parler d'un interdit *recuperandæ possessionis*, d'un interdit destiné à faire recouvrer la possession, quand celui qui devrait s'en servir n'a jamais cessé d'être possesseur, quand personne ne l'est devenu à sa place?

Aussi ne faut-il pas s'étonner si on voit à peine mentionné dans les textes l'interdit de *clandestina possessione*, si un seul texte en prononce le nom[1]. Du jour où il a été admis que le possesseur dont la chose a été appréhendée clandestinement reste possesseur, il n'y avait plus lieu de lui donner un interdit *recuperandæ possessionis;* ce qu'il lui fallait, c'était un interdit qui lui permît de conserver la possession, c'était l'interdit *retinendæ possessionis uti possidetis*.

Cet interdit lui était donc assuré jusqu'au jour où il cessait d'être possesseur : mais alors il cessait de l'être, ou bien parce que, averti de l'invasion du tiers, il ne faisait rien pour recouvrer la possession; dans ce cas, il ne devait avoir aucun interdit, car son inaction montre qu'il a renoncé à la possession : ou bien, au contraire, il n'était plus possesseur parce que, ayant essayé de rentrer en possession, il aura été écarté par la force : dans ce cas, il a à son service l'interdit *unde vi*, pourquoi lui donnerait-on un autre interdit *recuperandæ possessionis?*

Remarquons que cette disparition de l'interdit de *clandestinà possessione*, du vice de clandestinité en matière de propriété immobilière n'a pas eu et ne devait pas avoir pour conséquence de dispenser les jurisconsultes romains de

[1] L. 7, § 5 D., *Comm. div.*, liv. 10, t. 3.

s'occuper dorénavant de la clandestinité : aussi rencontre-t-on dans le Digeste des textes nombreux qui s'y réfèrent. Tout d'abord les modifications qui se sont ainsi produites en droit romain n'ont trait qu'à la possession des immeubles : en ce qui concerne la propriété mobilière, rien n'a été changé à l'état de choses existant antérieurement, de telle sorte que celui qui appréhendait un meuble *clam*, en était, comme auparavant, possesseur, vicieux il est vrai, mais possesseur, et que celui à qui la chose était ainsi enlevée cessait de l'être. De plus, en ce qui concerne la possession des immeubles, l'étude de la clandestinité continue à présenter de l'intérêt au point de vue de l'exercice de l'interdit *uti possidetis*. Sans doute l'auteur de l'appréhension clandestine d'un immeuble n'en devient pas le possesseur, même vicieux; mais, pour que cette constatation soit faite, pour qu'en conséquence on lui refuse l'exercice de l'interdit *uti possidetis*, il est indispensable que l'on établisse que, bien que réunissant toutes les conditions requises pour être possesseur, il ne peut cependant être considéré comme tel, parce que l'origine de sa possession serait clandestine. Et si maintenant on examine la question au point de vue de celui qui a été victime de l'appréhension clandestine, on ne pourra lui reconnaître le titre de possesseur et, par suite, le droit d'intenter l'interdit *uti possidetis*, que parce que l'immeuble a passé clandestinement à un tiers : autrement, en vertu de quels principes déclarerait-on possesseur de l'immeuble celui qui n'a plus cet immeuble à sa disposition?

103. — Telle est donc la théorie de la *vitiosa possessio* au droit classique; mais le droit romain ne s'en est pas tenu là; il a, au contraire, à l'époque du Bas-Empire, augmenté l'étendue d'application de cette théorie. En effet, il est certain, tout d'abord, que les empereurs en sont arrivés à accorder l'interdit *unde vi* dans des hypothèses où, bien certainement, le droit classique romain ne le faisait pas; c'est ce qui résultera de textes que j'aurai à citer par la

suite[1]. En outre, on voit les constitutions du Bas-Empire parler d'un *interdictum momentariæ possessionis* qui trouve son application, non seulement dans les cas où il pouvait y avoir lieu à l'interdit *undi vi*, mais encore dans d'autres cas où certainement l'interdit *unde vi* ne pourrait être exercé, étant donné qu'il n'y a eu aucun fait de violence. C'est ainsi que la loi 8 C., *Unde vi*, liv. 8, t. 4, exprime bien nettement cette idée quand elle dit : « L'*interdictum* « *momentariæ possessionis*, qui ne suppose pas, dans tous « ses cas d'application, qu'il y ait *vis publica* ou *vis privata*, « doit être instruit de suite, quelquefois même sans qu'il y « ait *inscriptio*[2]. » Et la loi unique C., *Ubi de poss. agi oport.*, liv. 3, t. 16, confirme également la proposition qui vient d'être émise : « C'est, disent les empereurs Valenti- « nien et Valens dans cette constitution, devant le juge du « lieu où l'acte de violence a été commis, ou bien du lieu « où la *possessio momentaria* doit être demandée, qu'il « convient d'agir contre celui qui a troublé la possession. » Le soin même que prennent ces empereurs de dire que l'on devra agir, soit devant le juge du lieu où la violence a été commise, soit devant le juge du lieu où doit être demandée la *momentaria possessio*, montre que l'*interdictum momentariæ possessionis* peut être intenté dans des hypothèses où il n'y a pas eu violence.

Mais il ne suffit pas d'avoir prouvé que le Bas-Empire a étendu les cas d'application de la *vitiosa possessio;* il faut indiquer plus nettement dans quelles hypothèses il l'a fait.

104. — On se souvient des motifs qui avaient amené le vieux droit romain à déclarer vicieuse la possession acquise

[1] L. 11 C., *Unde vi*, liv. 8, t. 4.

[2] Le dernier membre de phrase de cette constitution veut faire entendre que celui qui intente l'*interdictum momentariæ possessionis* n'est pas obligé de donner une reconnaissance par écrit (*inscriptio*) constatant que, accusant son adversaire d'un fait puni par la loi Julia, *De vi*, il se soumet aux peines frappant l'accusateur téméraire.

par clandestinité ou violence; le possesseur n'ayant acquis sa possession qu'au moyen d'un fait blâmable, on n'a pas voulu qu'il pût tirer avantage de son délit, à l'encontre de celui qui en avait été victime. Mais il est d'autres faits blâmables que la violence ou la clandestinité, à la suite desquels celui qui les a commis a pu devenir possesseur : n'est-il pas, dans ces circonstances, naturel d'étendre la théorie de la *vitiosa possessio*, de permettre à la victime de ces délits de reprendre la possession qu'elle a ainsi perdue, comme l'a fait le droit classique romain au profit de la victime de la violence, par exemple?

C'est ce que l'on voit se produire tout d'abord dans l'hypothèse suivante :

Quelqu'un possède un immeuble par l'intermédiaire d'un tiers, qu'il s'agisse d'une personne libre ou en puissance, peu importe; ensuite, cette personne cessant de détenir, désertant la mission qui lui a été confiée, un tiers profite de ce que l'immeuble n'est pas occupé, se met en possession. Que se produit-il alors?

Si on se place au droit classique, je crois que l'on doit admettre sans hésitation que ce tiers, qui a ainsi appréhendé le bien, en a par là même acquis la possession d'une façon non vicieuse, que l'ancien possesseur, par conséquent, n'a aucun moyen de recouvrer la possession : on doit même ajouter que c'est là une doctrine unanimement reçue par les jurisconsultes de cette époque.

Si, au contraire, on examine quelle est la solution qui doit être donnée à la question au temps de Justinien, on voit cet empereur reconnaître que le possesseur dépouillé a le moyen de recouvrer la possession, que celui qui a appréhendé la chose n'a qu'une possession vicieuse à l'égard du possesseur antérieur.

Qu'est-ce à dire, sinon que Justinien, jugeant que c'était de la part du tiers, qui entre ainsi en possession, commettre un acte blâmable que d'appréhender le fonds, en profitant de l'abandon qui en était fait par le détenteur,

ou tout au moins sans s'assurer, au préalable, qu'il était sans propriétaire, a étendu à cette hypothèse que n'avait pas prévue le droit classique, la théorie de la *vitiosa possessio*.

105. — Examinons d'un peu plus près les propositions qui viennent d'être émises.

Et d'abord, ai-je dit, le possesseur dépouillé dans les conditions indiquées n'avait, de l'avis de tous les jurisconsultes du droit classique, aucun moyen de recouvrer la possession, qui lui avait été enlevée par le fait même qu'un tiers a la chose à sa disposition.

Cette solution me paraît consacrée par la loi 44, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, qui déclare nettement que dans ce cas l'ancien possesseur perd la possession sans qu'on fasse mention d'aucun moyen à lui donné pour la recouvrer.

« Ceci exposé, si on traite de la perte de la possession, je « dirai qu'il importe beaucoup de savoir si nous possédons « par nous-mêmes ou par autrui. Car, s'il s'agit de choses « que nous possédons *corpore nostro,* la possession se perd, « soit par suite de la perte de l'*animus,* soit par suite de la « perte du *corpus,* par exemple si nous cessons de détenir « la chose avec l'intention de ne plus la posséder. Et, s'il « s'agit de choses que nous possédons par l'entremise d'un « esclave ou d'un fermier, nous ne perdons la possession « que si un tiers l'a acquise, et nous la perdons à notre « insu. »

Quoique ce texte paraisse bien formel, quoiqu'il ne laisse pas soupçonner qu'il puisse y avoir eu à cet égard la moindre difficulté entre les jurisconsultes romains, certains interprètes, Savigny notamment, ont soutenu qu'au droit classique certains jurisconsultes, se rendant compte des dangers que présente cette solution pour celui qui possède par l'intermédiaire d'autrui, étaient d'avis qu'il fallait étendre à l'hypothèse dont nous nous occupons actuellement les dé-

cisions admises au cas où l'immeuble était appréhendé pendant l'absence du possesseur, et déclarer en conséquence que le possesseur, dont l'immeuble est passé entre les mains du tiers par suite de l'infidélité ou de la négligence du détenteur, resterait possesseur jusqu'au jour où, averti du fait, il n'a nullement agi pour faire cesser la situation nouvelle, ou jusqu'au jour où, ayant essayé de reprendre son immeuble, il a été repoussé par la force [1].

C'était, a-t-on dit, l'opinion de Paul telle qu'elle résulte de la loi 3, § 6, 7, 8, 9 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2. Il est inutile de traduire dans son entier l'ensemble de textes qui vient d'être cité, car il contient bien des hypothèses qui n'ont aucunement trait à notre question : je ferai seulement remarquer que Paul, au début même du § 6, dit que, lorsqu'on recherche si la possession est perdue, il faut avant tout considérer l'*animus* du possesseur; que, à la fin du § 9, il pose ce principe : « C'est une règle certaine que « nous possédons la chose jusqu'au jour où nous cessons de « la détenir par notre volonté ou jusqu'au jour où nous « sommes victimes d'une *dejectio.* » Il paraît bien résulter de là que, lors même que le détenteur aurait remis la chose à un tiers, ne voulant plus la détenir au nom du possesseur, celui-ci ne perd pas la possession, attendu que nulle part n'apparaît chez ce possesseur la volonté de ne plus posséder, attendu que la *dejectio* nécessaire pour faire perdre la possession, quand telle n'est pas la volonté du possesseur, ne s'est pas produite.

Je ne crois pas cependant que cette interprétation puisse être tenue pour exacte : rien ne montre en réalité que Paul ait adopté, à propos de l'hypothèse qui nous occupe, une solution différente de celle que professe Papinien dans la loi 44, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2. Pour arriver à cette conclusion, il faudrait prendre à la lettre le

[1] V. Savigny, *Tr. de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 355 et suiv.

principe posé par Paul dans la loi 3, § 9 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2; en effet, dirait-on, puisqu'il n'y a ni changement de volonté chez le possesseur, ni *dejectio,* il n'y a pas perte de la possession chez le possesseur. Mais cela est bien difficile à admettre. En effet si, dans ce texte, Paul admettait une solution contraire à celle de Papinien, il ne se serait pas servi pour formuler cette règle du mot : *constat* qui écarte jusqu'à l'ombre d'un doute. L'emploi de ce mot montre donc que Paul n'émettait pas sur ce point une doctrine particulière; d'ailleurs, si on passe en revue les diverses hypothèses examinées par Paul et à propos desquelles il donne comme conclusion cette règle générale, on voit qu'il n'arrive pas à d'autres solutions que Papinien lui-même. Papinien reconnaît, comme le fait Paul, dans la loi 3, § 7 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, qu'il est des hypothèses où l'on continue de posséder quoiqu'un tiers ait la chose entre les mains : on peut s'en rendre compte en se reportant aux lois 44, § 2, *in fine* et 45 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, qui déclarent que le possesseur des *saltus hiberni aut æstivi* continue à posséder même après qu'un tiers s'est mis en possession. De même il reconnaît, comme le fait Paul, dans la loi 3, § 8 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, que, quand l'esclave ou le fermier, par l'entremise desquels nous possédons, meurent ou cessent d'être détenteurs, nous continuons de posséder : et c'est ce qui résulte encore, ainsi que je l'ai fait remarquer [1], de la loi 44, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, qui dit que, quand on possède par l'intermédiaire d'un esclave ou d'un fermier, on ne perd la possession que quand un tiers a appréhendé la chose, qui établit donc qu'on continue à posséder même après que l'esclave ou le fermier ont cessé d'être détenteurs. Enfin Papinien devait reconnaître, comme le dit Paul dans la loi 3, § 9 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, que, quand le possesseur livre

[1] V. page 371.

sa chose à un tiers, il cesse de posséder : c'est là une solution qui s'impose. Ces rapprochements montrent que, sur tous ces points, Paul ne suivait pas une autre doctrine que Papinien : n'est-on pas fondé dès lors à ne voir dans la règle présentée par Paul à la fin de la loi 3, § 9 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, qu'une généralisation inexacte à laquelle on ne doit pas attacher une grande importance : ce n'est pas d'ailleurs la seule hypothèse dans laquelle les jurisconsultes romains, et notamment Paul, ont le tort de procéder ainsi.

Ainsi donc, au droit classique, quand un tiers avait profité de l'abandon de l'immeuble par le détenteur pour l'appréhender, la possession était considérée comme perdue pour le possesseur antérieur, de l'avis de tous les jurisconsultes : aucune mesure de protection n'existait en faveur de ce possesseur dépouillé; c'est ce qui résulte du silence que gardent sur ce point tous les textes qui ont trait à cette hypothèse.

106. — Que si on voulait à ce sujet un complément de preuve, on le trouverait dans la loi 11 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4 qui, en même temps qu'elle fait connaître la modification apportée par Justinien, résume les solutions qui étaient antérieurement admises. Cette loi va demander d'assez longues explications : je commence par traduire la partie qui nous intéresse :

« La question s'étant posée entre les avocats d'Illyrie à « l'effet de savoir ce qu'on devait admettre à l'égard de « ceux qui ont mis la main sans sentence judiciaire sur les « biens des absents, étant donné que l'ancien droit n'accor- « dait ni l'interdit *unde vi,* ni l'interdit *quod vi aut clam,* « ni aucune autre action pour recouvrer la possession puis- « qu'aucun acte de violence n'avait accompagné la prise de « possession, étant donné en conséquence que l'ancien droit « ne permettait au propriétaire que d'exercer l'action en « revendication, nous, ne pouvant admettre que quelqu'un

« s'empare de sa propre autorité des biens, des immeubles « d'autrui, avons déclaré qu'un tel possesseur serait consi- « déré comme un *prædo,* et que l'on observerait, en les « étendant à cette hypothèse, toutes les dispositions législa- « tives édictées contre ces *prædones* quant à la restitution « de la possession, etc. »

Établissons tout d'abord l'hypothèse que vise le texte; car, suivant l'interprétation adoptée à cet égard, la constitution de Justinien donne à l'ancien possesseur le moyen de recouvrer la possession, au cas où un tiers s'est emparé de l'immeuble, dans des circonstances bien différentes.

Voici quelle est l'explication donnée par Savigny. Partant de cette idée que Justinien n'avait nullement à venir au secours d'un individu qui n'avait jamais cessé de vouloir être possesseur et qui n'avait pas subi de *dejectio vi,* attendu que cet individu est resté possesseur si on s'en tient au principe posé par Paul dans la loi 3, § 9 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, Savigny déclare que, dans la constitution de Justinien, il s'agit d'un possesseur qui a cessé de posséder parce qu'il n'a plus voulu être possesseur, parce qu'il s'est absenté de son immeuble dans des conditions telles que manifestement il ne voulait plus exercer le droit de propriété; il soutient que Justinen a voulu ainsi protéger cet ancien possesseur contre l'acquisition de la possession réalisée par un tiers qui, profitant de ce que la *possessio* était *vacua,* n'a pas hésité à appréhender l'immeuble; et il décide, en conséquence, que cet empereur a entendu lui donner le moyen de recouvrer la possession qu'il avait abandonnée[1].

Mais cette interprétation doit nécessairement être repoussée. Il est en effet facile de montrer tout d'abord que la décision de Justinien, comprise de cette façon, serait manifestement injustifiable.

Comment en effet pourrait-on comprendre que, d'une

[1] V. Savigny, *Tr. de la possession*, trad. Staedtler, 1870, p. 455.

part, Justinien traite comme un *prædo* celui qui se met en possession d'un immeuble qui n'a pas de possesseur, et que, d'autre part, il reconnaisse comme disposition législative s'appliquant à son époque, puisqu'il l'insère dans son Code, une décision des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius d'après laquelle une personne peut, pour le cultiver, s'établir sur un immeuble qui n'a pas de possesseur, et le faire dans des conditions telles que le propriétaire, invoquant son droit, ne pourra lui enlever cet immeuble, s'il n'agit pas dans les deux ans qui suivent la prise de possession, et ne réussira dans sa demande, lorsqu'elle est formée dans ces deux ans, que s'il rembourse à celui qui s'est mis en possession tous ses frais de culture[1]? Comment Justinien aurait-il pu considérer, dans la loi 11 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, comme un délit un fait que non seulement il considère comme licite, mais qu'il encourage même dans la loi 8 C., *De omni agro des.,* liv. 11, t. 58?

Et d'ailleurs, prise en elle-même, la loi 11 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, ne saurait comporter l'interprétation donnée par Savigny : Justinien dit, dans ce texte, qu'il s'agit de venir au secours d'un absent qui n'était nullement protégé dans le droit classique, étant donné que, ayant perdu la possession, il ne pouvait intenter l'interdit *unde vi,* attendu qu'aucun acte de violence n'avait été commis à son égard. Or, est-ce ainsi que s'exprimerait Justinien s'il prévoyait l'hypothèse mise en avant par Savigny? Justinien, reproduisant l'opinion des jurisconsultes du droit classique, ne dirait-il pas, s'il s'agissait bien réellement d'un tiers qui s'est mis en possession d'un immeuble dont la possession a été abandonnée, que l'ancien possesseur n'avait aucun moyen de recouvrer la possession, non pas parce qu'aucun acte de violence n'a été commis à son égard, mais parce que, par suite de sa négligence impliquant vo-

[1] L. 8 C., *De omni agrodes.,* liv. 11, t. 58.

lonté de ne plus posséder, il a perdu la possession? En effet, si l'interprétation proposée par Savigny était exacte, il n'y aurait pas à se préoccuper du fait même de l'appréhension de l'immeuble par un tiers, puisque la perte de la possession résulte alors de la négligence dont a fait preuve le possesseur, et cela alors même qu'il n'y aurait pas eu appréhension réalisée par un tiers. En parlant de l'absence de tout acte de violence accompagnant la prise de possession, Justinien ne laisse-t-il pas entendre nettement que la chose avait encore un possesseur au moment où cette prise de possession a été effectuée?

Enfin, une dernière considération s'oppose à ce que l'on admette la théorie de Savigny. Si, comme le veut cet auteur, il s'agissait réellement dans la loi que nous étudions, de l'appréhension faite par un tiers d'un immeuble dont la possession a été abandonnée, Justinien ne pourrait, pour motiver la solution qu'il donne, s'exprimer ainsi : « Il est, « en effet, ridicule d'alléguer que celui qui a ainsi occupé « le bien d'autrui l'a fait par ignorance, croyant pouvoir « se l'approprier. Tout le monde doit savoir que ce dont on « n'est pas propriétaire, appartient à d'autres, etc. » En réalité, celui qui se serait mis en possession aurait allégué pour justifier sa possession un tout autre motif que celui qui consiste à dire qu'il croyait pouvoir s'approprier la chose qu'il a appréhendée, pensant qu'elle n'était à personne : il aurait simplement dit qu'il pouvait devenir possesseur de la chose, puisque personne ne l'était au moment où l'appréhension s'est produite. C'est en réalité à cette allégation qu'aurait dû répondre Justinien.

Il faut donc écarter cette interprétation : et par conséquent la seule manière de comprendre le texte est la suivante :

Lorsque Justinien parle de : *eos qui vacuam possessionem absentium sine judiciali sententià detinuerunt,* il veut désigner ceux qui se sont mis en possession de biens sur lesquels les possesseurs exerçaient leur droit par l'intermé-

diaire de détenteurs et qui ont pu le faire parce que ces détenteurs ne s'acquittaient pas de la mission qui leur avait été confiée.

En effet, d'une part, la réfutation de l'opinion de Savigny a montré qu'il est question dans cette loi d'un fonds sur lequel le possesseur est resté tel jusqu'au jour où un tiers s'est mis en possession; et, d'autre part, le soin avec lequel Justinien dit qu'il ne saurait y avoir lieu à l'interdit *unde vi* au profit de l'ancien possesseur prouve que la prise de possession, bien que non violente, effectuée par le tiers, a eu pour résultat de faire perdre à l'ancien possesseur sa possession, comme si elle avait été effectuée avec violence, de telle sorte qu'il s'agit pour cet ancien possesseur, comme pour le possesseur *dejectus vi*, de recouvrer la possession : s'il n'en était pas ainsi, pourquoi Justinien aurait-il cru utile de déclarer l'interdit *unde vi* non applicable?

Puisque, d'une part, il est certain que le possesseur est resté tel jusqu'au jour où le tiers s'est mis en possession, il ne peut être question, nous l'avons vu, d'un possesseur absent qui a perdu la possession par sa négligence.

Puisque, d'autre part, il s'agit d'un possesseur qui est resté tel jusqu'au jour où un tiers a appréhendé l'immeuble, mais qui a cessé de posséder le jour où cette appréhension s'est faite, il ne peut être question d'un possesseur possédant soit par lui-même, soit par l'intermédiaire d'un tiers, et qui serait exposé à perdre la possession de la chose parce qu'un individu, profitant de l'absence momentanée soit du possesseur, soit du détenteur, appréhenderait le bien. Nous avons vu, en effet, que cette appréhension réalisée par un tiers ne suffit pas à elle seule pour faire perdre la possession, qu'il faut de plus que le possesseur, averti de l'invasion du tiers, ne fasse rien pour reprendre la chose, ou que, ayant essayé de le faire, il ait été repoussé avec violence[1]. Ce n'est donc pas là l'hypo-

[1] V. page 156.

thèse prévue par la constitution de Justinien : cette constitution, je viens de le dire, laisse entendre que la prise de possession effectuée par le tiers fait perdre au possesseur sa possession : or, c'est ce qui ne se produit pas au cas d'absence momentanée du possesseur ou du détenteur : d'ailleurs peut-on dire qu'il y a *possessio vacua* quand le possesseur ou le détenteur ne sont absents que pour quelques instants?

Dès lors ces deux hypothèses écartées, il n'en reste qu'une troisième possible, à laquelle d'ailleurs s'applique fort bien dans son entier la constitution de Justinien.

Il s'agit d'un possesseur éloigné de son immeuble et qui le possède par l'entremise d'un détenteur : ce détenteur abandonne le bien, ne voulant plus le détenir pour le possesseur. Dans ces circonstances, le droit classique décidait que, malgré la défection du détenteur, le possesseur reste tel jusqu'au jour où un tiers se met en possession, mais qu'il cesse de l'être le jour où se fait cette appréhension.

Il est facile de voir que cette hypothèse concorde fort bien avec le texte. Il y a *vacua possessio* puisque le détenteur n'occupe plus et ne veut plus occuper le fonds ; il s'agit bien de *vacua possessio absentium,* puisque le possesseur n'était pas sur le fonds, puisqu'il possédait par l'entremise d'un détenteur ; il est bien vrai de dire que, quand un tiers s'est dans ces conditions mis en possession du bien, il n'y a pas lieu à l'interdit *unde vi,* attendu que celui qui s'est emparé de la chose, ne s'est pas rendu coupable de violence ; le texte a donc eu raison de dire que, dans le droit classique romain il ne pouvait y avoir lieu qu'à l'action en revendication ; enfin, on comprend fort bien que Justinien, donnant en ce cas à l'ancien possesseur le moyen de recouvrer la possession dise qu'il est ridicule d'alléguer en faveur du nouveau possesseur qu'il a pu croire par ignorance qu'il avait le droit de s'approprier la chose d'autrui pour ce seul motif que la *possessio* en était *vacua*.

Ceci établi, la portée de la constitution de Justinien se

détermine sans difficulté : cette constitution étend l'application de l'interdit *recuperandæ possessionis unde vi,* et permet de l'intenter au possesseur qui a perdu ce titre par le fait d'un tiers qui a profité de la négligence ou de l'infidélité du détenteur pour se mettre en possession de l'immeuble ainsi abandonné; elle permet ainsi à l'ancien possesseur de recouvrer la possession injustement acquise par ce tiers.

Cette constitution établit donc :

1° Qu'au droit classique celui qui se mettait ainsi en possession d'un immeuble possédé par l'intermédiaire d'un tiers, profitant de ce que le détenteur en avait abandonné la détention, devenait possesseur dans des conditions telles qu'il n'avait pas une possession vicieuse, et que, par suite, l'ancien possesseur n'avait aucun moyen de recouvrer la possession.

2° Que, sous Justinien, celui qui se met ainsi en possession devient sans doute encore possesseur, mais dans des conditions telles qu'il n'a qu'une possession vicieuse à l'égard du possesseur antérieur, celui-ci pouvant dès lors se servir, pour recouvrer la possession, de l'interdit *unde vi* dont on a étendu l'application à cette hypothèse.

3° Que Justinien a admis cette solution parce qu'il a considéré que celui qui se met ainsi en possession d'un immeuble non occupé, simplement parce qu'il n'est pas occupé, commet un fait blâmable à l'encontre de celui qu'il dépossède ainsi, et qu'il ne devait pas par suite pouvoir conserver, à l'encontre de l'ancien possesseur qu'il a dépouillé, cette possession acquise dans de telles conditions.

107. — Ce n'est pas là d'ailleurs la seule hypothèse dans laquelle les empereurs du Bas-Empire, se conformant à cette idée que celui qui acquiert la possession par suite d'un fait répréhensible, ne doit avoir qu'une possession vicieuse à l'encontre du possesseur qu'il a dépouillé, ont reconnu au possesseur ainsi dépouillé le moyen de recou-

vrer la possession en agissant contre l'auteur du fait délictueux. Une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose qui forme la loi 6 C., *Unde vi*, liv. 8, t. 4, signale un autre cas de possession vicieuse dont la reconnaissance s'explique par les mêmes raisons :

« On doit se souvenir, dit cette constitution, que, lors-« qu'on invoque dans une affaire soit un rescrit émané de « nous, soit une sentence prononcée par le juge, il faut « assigner les propriétaires des fonds en litige, et, à leur « défaut, rechercher leurs agents, leurs représentants, « pour leur signifier ces décisions judiciaires, afin que, « d'un acte qui doit donner naissance à un droit, il ne ré-« sulte au contraire un acte qui lèse un droit. Ceux qui « ne se conformeront pas à ces dispositions perdront les « droits à propos desquels les litiges se sont élevés. »

Voici comment Pothier explique cette constitution dans l'*appendix* du titre XVI, liv. 43, de ses *Pandectes* [1].

« Il y a, dit Pothier que je me contente de traduire, « plusieurs hypothèses dans lesquelles, quoiqu'il n'y ait « pas violence, on considère qu'il y a invasion de la pos-« session d'autrui. C'est ce qui se produit, par exemple dans « le cas où quelqu'un, se fondant sur un rescrit du prince, « ou sur une sentence du juge ordonnant que restitution « de la chose lui soit faite, se met de sa propre autorité « en possession de la chose, sans signifier le rescrit ou la « sentence au possesseur, ou, à son défaut, à son agent ou « à son mandataire. Comme, en cette hypothèse, on ne peut « considérer que celui qui s'appuie sur une décision éma-« née de l'empereur ou du juge commet un acte de violence, « il ne saurait y avoir lieu à l'interdit *unde vi;* mais comme « cependant celui qui laisse de côté l'observation des règles « de droit en ne signifiant pas le rescrit ou la sentence, « agit contrairement aux règles du droit, il y a lieu contre

[1] Pothier, *Pandectæ Justinianeæ*, 4e édit. Latruffe, t. 3, p. 127, col. 2, liv. 43, t. 16, Dig., *Appendix*, n. 39.

« lui à l'interdit *momentariæ possessionis* grâce auquel le « possesseur dépouillé obtient que la chose lui soit restituée « et que celui qui s'est mis ainsi en possession perde le « droit qu'il pouvait avoir. »

Si on se place au droit classique et si on recherche quelles étaient les décisions admises alors, on voit qu'il n'y avait possession vicieuse à l'égard de celui qui était ainsi dépouillé que dans le cas où celui qui prétendait avoir droit à la chose se mettait en possession de lui-même sans pouvoir invoquer en sa faveur ni un rescrit du prince, ni une sentence judiciaire : on considérait, en effet, que celui qui agissait ainsi commettait un acte de violence, et l'on accordait alors naturellement l'interdit *unde vi :* c'est ce qui est dit par la loi 13 D., *Quod met. caus.,* liv. 4, t. 2 :

« Il existe un décret de Marc-Aurèle ainsi conçu : Il « faut, si vous pensez avoir des droits, que vous les fassiez « valoir en agissant en justice. Et comme Marcien disait : « Mais je n'ai commis aucun acte de violence (en agissant « de ma propre autorité), l'empereur répondit : Pensez-« vous donc ne commettre de violence que quand vous « blessez une personne? Il y a violence toutes les fois « qu'une personne réclame autrement que par les voies « judiciaires ce qu'elle croit lui être dû. En conséquence, « toute personne qui sera convaincue de posséder ou d'avoir « reçu sans l'intervention du juge une chose ou une somme « à lui dues et que le débiteur ne lui aura livrées que con-« traint et forcé, alors même qu'elle prétendrait avoir droit « sur la chose, perdra le droit qu'elle pouvait invoquer. » Ainsi donc le possesseur dépouillé de sa chose par celui qui prétendait y avoir droit, n'avait le moyen d'en recouvrer la possession qu'autant que celui qui s'en était emparé, avait agi de sa propre autorité, sans avoir ni un rescrit ni une sentence judiciaire à l'appui de sa prétention. Mais il n'en était pas de même à l'égard de celui qui, pouvant invoquer un rescrit, une sentence judiciaire, procédait, en dehors des voies judiciaires, à l'exécution de ce rescrit ou de cette

sentence : on ne pouvait lui reprocher d'avoir commis un acte de violence : il n'y avait pas lieu contre lui à l'interdit *unde vi*.

On doit cependant reconnaître qu'il a agi d'une façon répréhensible : celui qui a obtenu un rescrit, une sentence judiciaire, doit, par l'*actio judicati*, s'adresser à la justice pour en demander l'exécution, si l'adversaire s'y refuse : la prise de possession, opérée en dehors des voies judiciaires, constitue donc un acte blâmable : c'est pour cela que l'on en est arrivé à donner au possesseur ainsi dépouillé un interdit pour recouvrer la possession, quoiqu'il n'y ait pas eu violence, l'interdit *momentariæ possessionis;* c'est pour cela que celui qui se met ainsi en possession perd son droit. Les empereurs du Bas-Empire, en édictant la loi 6 C., *Unde vi*, liv. 8, t. 4, n'ont fait qu'étendre au cas où celui qui a en sa faveur un rescrit du prince ou une sentence judiciaire et qui procède à l'exécution sans recourir à la justice, les décisions admises par Marc-Aurèle à l'encontre de celui qui, sans s'adresser aux juges, se fait justice à lui-même : ils déclarent vicieuse la possession acquise à la suite d'un acte blâmable autre que la violence et donnent ainsi au possesseur dépouillé le moyen de recouvrer sa chose[1].

[1] Pour bien connaître la portée de l'innovation introduite par les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, il est nécessaire de s'occuper quelque peu du § 1 de la loi 6 C., *Unde vi*, liv. 8, t. 4 : « Mais si, le « plus souvent par suite d'un concert frauduleux, dit ce paragraphe, les « curateurs ou tuteurs appréhendent la chose due aux mineurs de vingt- « cinq ans, de telle sorte qu'ils font perdre ainsi à ces pupilles ou mineurs « la possibilité de plaider dans la suite, et aussi les revenus de la « chose, nous sommes venus à leur secours de façon à empêcher qu'ils « ne souffrent de la faute d'autrui : toutefois ils rendront la possession « de la chose à celui à qui elle a été enlevée. Quant aux curateurs et « aux tuteurs, non seulement ils seront punis de la déportation perpé- « tuelle, mais encore de la confiscation de leurs biens. »

On suppose donc dans ce texte qu'un pupille ou un mineur de vingt-cinq ans soient à même d'invoquer contre un tiers soit un rescrit du

108. — Les empereurs du Bas-Empire ont donc augmenté le domaine de la *vitiosa possessio*, en déclarant que des faits délictueux autres que la violence auxquels un tiers a eu recours pour acquérir la possession, ne pouvaient procurer à ce tiers qu'une possession vicieuse non opposable au possesseur dépouillé et que celui-ci peut faire cesser au moyen d'un interdit *recuperandæ possessionis*. Mais ces empereurs ne se sont-ils pas encore montrés plus hardis? Ne sont-ils pas arrivés à reconnaître qu'il y aurait possession vicieuse, alors même qu'aucun fait répréhensible ne pourrait être reproché à celui qui s'est mis en possession,

prince, soit une sentence judiciaire : dans ces circonstances, il pourra s'établir entre ce tiers d'une part et les tuteurs ou curateurs d'autre part le concert frauduleux suivant : le tuteur ou le curateur procéderont de leur autorité privée, sans s'adresser à la justice, à l'exécution du rescrit ou de la sentence : et alors le tiers, invoquant la constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, reprendra par l'interdit *momentariæ possessionis* la chose, objet du litige, appréhendée par le tuteur ou le curateur, et prétendra que le mineur de vingt-cinq ans a perdu tout droit. Mais, dit le texte, ce mineur ne doit pas souffrir de la fraude ou de la faute de ses tuteurs ou curateurs; il sera sans doute sous le coup de l'interdit *momentariæ possessionis*, car il ne doit pas profiter d'une prise de possession défectueuse, mais il n'aura pas perdu son droit.

Cette brève explication suffit pour faire comprendre que l'on ne saurait accepter l'interprétation qu'en donne Ihering (*Fondement des interdits possessoires*, trad. Meulenaere, p. 102). Cet auteur, voulant soutenir que le possesseur était protégé contre l'infidélité de celui qui détenait l'immeuble en son nom ou de son représentant, que par conséquent il avait un moyen de recouvrer la possession quand ce détenteur, ce représentant l'avait fait acquérir à un tiers, prétend que le texte que nous étudions vise le cas dans lequel des tuteurs auraient, par collusion, cédé à l'adversaire la possession de leur pupille. « Le pupille, dit-il, ne devait « pas souffrir de cette *culpa temeritatis alienæ : sed illico quidem pos-* « *sessio ei, a quo ablata est, reddatur.* » Si Ihering avait lu avec attention le texte dans son entier, il aurait vu que celui *a quo possessio ablata est* était, non pas le pupille, mais l'adversaire de celui-ci, débiteur de la chose envers le pupille, à qui le tuteur enlève la possession sans s'adresser à la justice, pour faire perdre au pupille son droit, conformément à la règle posée dans le *principium* de notre loi.

parce qu'il leur a paru utile de protéger le possesseur dépouillé?

C'est là une question qui donne lieu à bien des doutes, et dont la solution dépend de l'interprétation qui doit être admise à propos de la loi 5 C., *Unde vi*, liv. 8, t. 4 :

« Celui qui s'est emparé d'un fonds appartenant à autrui « sera puni de la peine établie par la loi (*Julia de vi*), s'il « est prouvé qu'il s'en est emparé avec violence; mais si « c'est par suite d'une erreur ou de l'incurie du proprié- « taire que les fonds ont été possédés par d'autres, la pos- « session devra être rendue sans qu'aucune peine frappe « celui qui s'en est emparé. »

Des interprètes du droit romain partent, pour expliquer ce texte, de l'idée suivante : ce texte, suivant eux, s'occupe de la restitution de la possession, et montre que cela se produit, alors même que le nouveau possesseur aurait acquis cette possession, sans qu'on puisse lui reprocher aucun acte de violence. En effet, la loi qui vient d'être traduite, après avoir tout d'abord parlé du cas dans lequel la nouvelle possession est infectée de violence, suppose qu'elle peut aussi être vicieuse quand elle a pour origine l'*error* ou l'*incuria domini :* elle indique nettement que la seule différence qui doive être faite entre l'hypothèse où la nouvelle possession a pour fondement un acte de violence et l'hypothèse où elle résulte de l'*error* ou de l'*incuria domini* consiste en ce que, dans le premier cas, le nouveau possesseur, tenu de restituer, est, en outre, frappé de la *pœna legitima,* c'est-à-dire de la peine établie par la loi Julia, tandis que, dans le second cas, le nouveau possesseur, obligé également de rendre la possession, n'est tenu d'aucune peine. Cette solution, consacrée par la législation du Bas-Empire, à savoir qu'il y a lieu à restitution de la possession même quand le possesseur antérieur n'a pas été victime d'un acte de violence, quand il y a eu seulement *error vel incuria domini* ne doit pas surpendre, ajoute-t-on dans cette théorie; l'existence même de l'*interdictum mo-*

mentariæ possessionis, mentionné dans les textes du Bas-Empire, à côté de l'interdit *unde vi*, et destiné à permettre de recouvrer la possession dans des cas où l'on ne peut avoir recours à l'interdit *unde vi*, fait comprendre que cette décision ait été admise. C'est par cet *interdictum momentariæ possessionis* que le *dominus*, qui a perdu la possession *per incuriam vel per errorem*, la recouvrera; la loi 8 C., *Unde vi*, liv. 8, t. 4, en disant que cet interdit *non semper pertinet ad vim publicam aut privatam*, fait entendre clairement qu'il trouve son application, et, par conséquent, fait recouvrer la possession dans des hypothèses où il n'y a pas eu d'acte de violence.

Ce point admis qu'il y a lieu à l'interdit *momentariæ possessionis* quand il y a eu perte de la possession *per errorem vel per incuriam domini*, il reste à établir d'une façon précise quelle est la portée de la constitution de Constantin, dans quelles hypothèses, exactement, elle a déclaré qu'il y aurait possession vicieuse et, par conséquent, innové par rapport au droit antérieur. Le texte suppose, pour qu'il y ait lieu à l'interdit *momentariæ possessionis*, que la possession nouvelle a pris naissance *per errorem aut incuriam domini*; qu'entendre par là?

Ihering[1] donne à notre texte un sens aussi compréhensif que possible. De quelque façon que le nouveau possesseur ait acquis la possession, que ce soit par suite d'une appréhension réalisée par lui seul, ou par suite d'une tradition qui lui a été faite, l'ancien possesseur aura, pour recouvrer la possession, à l'encontre du nouveau, l'*interdictum momentariæ possessionis*, par cela seul qu'il y aura eu *incuria domini*, ou bien *error*, soit de l'ancien possesseur, soit du nouveau. Le texte, en effet, ne porte nullement trace qu'il y ait une distinction à faire suivant le mode d'acquisition de la possession; en outre, observe Ihering, il n'y a aucun

[1] Ihering, *Fondement des interdits possessoires*, trad. Meulenaere, p. 100.

motif conduisant à rattacher le mot *domini* au mot *error*, comme au mot *incuria*, quand le texte dit : *nam si per errorem aut incuriam domini*, etc.

En réalité, une telle interprétation est inadmissible. Il est, en effet, facile de prouver :

1° Qu'au temps de Constantin qui est l'auteur de la constitution contenue dans la loi 5 C., *Unde vi*, liv. 8, t. 4, la théorie de la *vitiosa possessio* était certainement sans application quand l'*invasor*, celui qui avait l'immeuble à sa disposition, avait appréhendé la chose, s'était mis lui-même en possession.

2° Que la théorie de la *vitiosa possessio* ne se conçoit guère trouvant son application au cas où il y aurait simplement *error* du nouveau possesseur, sans qu'il y ait *error* ou *incuria* de l'ancien.

Et, tout d'abord, qu'il ne puisse y avoir possession vicieuse dans le cas où le nouveau possesseur s'empare lui-même de l'immeuble, l'appréhende, dans le cas où il n'y a pas tradition à lui faite, c'est ce qui résulte des considérations suivantes :

Si la constitution de Constantin avait la portée que veut lui reconnaître Ihering, si elle devait s'appliquer quand il y a eu occupation de l'immeuble par le nouveau possesseur sans tradition, les changements qu'elle aurait apportés dans la théorie de la possession auraient été tels qu'il est impossible, ou tout au moins invraisemblable, que cet empereur les ait réalisés.

Cette appréhension, réalisée par le tiers, n'a pu s'effectuer que parce que l'immeuble n'était occupé par personne au moment où le tiers s'en est emparé. Or, il n'a pu en être ainsi que par suite de l'une de ces deux causes : ou bien il y avait absence momentanée du possesseur ou du détenteur, n'impliquant nullement chez le possesseur l'intention de ne plus détenir, chez le détenteur, l'intention de ne plus posséder pour autrui ; ou bien il y avait abandon de l'immeuble par le possesseur ou le détenteur, réalisé

dans des conditions telles qu'il dénote, chez le possesseur qui l'a accompli, la volonté de ne plus posséder, chez le détenteur la volonté de ne plus détenir pour autrui.

Or, au temps de Constantin, voici comment était réglée, au cas d'absence momentanée ayant permis l'invasion d'un tiers, la situation au point de vue de la possession. Il n'y avait aucun besoin de venir au secours du possesseur ainsi dépouillé quand celui-ci agissait dès qu'il connaissait les événements : en effet, on a vu que ce possesseur, dont l'immeuble est ainsi occupé, est encore possesseur et qu'il a l'interdit *uti possidetis :* c'est là une situation meilleure que celle qui lui serait donnée par la constitution de Constantin : il vaut certainement mieux être considéré comme continuant à être possesseur, que d'être réputé ne plus l'être et avoir seulement, grâce à l'*interdictum momentariæ possessionis,* le moyen de recouvrer la possession. Il n'était pas non plus nécessaire de se préoccuper d'une façon spéciale du possesseur dépouillé quand, ayant essayé de rentrer en possession de son immeuble, il avait été repoussé par la force : et en effet il a bien cessé d'être possesseur, mais, comme il a été dépossédé par suite d'un acte de violence, il a l'interdit *unde vi* qui lui permet de recouvrer la possession.

L'interdit *momentariæ possessionis* donné par la constitution de Constantin ne serait utile, au cas où le nouveau possesseur a appréhendé l'immeuble, que quand le possesseur, s'étant momentanément éloigné de l'immeuble, n'a pas agi immédiatement pour le reprendre, dès qu'il a su qu'un tiers, ayant profité de son absence, s'en était emparé, ou quand ce possesseur, ayant abandonné son immeuble parce qu'il ne voulait plus en être possesseur, s'est ravisé et voudrait la recouvrer, ou quand enfin, ce possesseur, possédant par l'intermédiaire d'un tiers, est victime de l'infidélité, de la négligence de ce détenteur qui ne veut plus détenir pour lui et lui fait ainsi perdre la possession, en laissant le nouveau possesseur s'en emparer.

C'est bien évidemment dans la dernière de ces trois hypothèses que l'ancien possesseur apparaît comme méritant d'être protégé : en effet, c'est la seule hypothèse dans laquelle il n'ait rien à se reprocher, dans laquelle il perde la possession par la faute d'un tiers, le détenteur. Or il est certain que la constitution de Constantin ne la prévoit pas : on doit en effet remarquer que la constitution de Constantin suppose la possession perdue *per incuriam domini,* par suite de la négligence du propriétaire et non par suite de la négligence du détenteur. En outre, la loi 11 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, qui vient d'être étudiée, prévoyant précisément cette hypothèse d'un possesseur absent dépouillé par suite de l'infidélité ou de la négligence du détenteur, a bien soin, quand elle donne à ce possesseur dépouillé l'interdit *unde vi* contre le nouveau possesseur qui a profité de son absence pour appréhender l'immeuble, de constater qu'il y a là une innovation de Justinien et qu'auparavant il n'y avait aucun moyen pour celui qui avait ainsi perdu la possession de la recouvrer. Est-il dès lors admissible que Constantin ait songé à protéger l'ancien possesseur dans les deux autres hypothèses quand il n'a pas pensé à le faire dans cette troisième ? Certainement non; et en effet la raison d'être de cette protection n'apparaît guère : dans ces deux hypothèses, le possesseur a montré qu'il renonçait à sa possession : c'est ce qui résulte de son inaction même, quand il ne fait rien pour expulser le tiers qui a profité de son absence momentanée pour occuper l'immeuble, et de l'abandon même qu'il a fait de l'immeuble, au cas où il n'a plus voulu en être possesseur. S'il a perdu la possession, c'est parce qu'il l'a bien voulu : pourquoi dès lors lui rendre la possession au détriment de celui qui l'a acquise? Constantin, qui reconnaissait que l'ancien possesseur, victime de la négligence, de l'infidélité de celui qui possède pour lui, n'était nullement protégé, ne devait pas protéger cet ancien possesseur contre les conséquences des actes qu'il a faits de propos délibéré, en pleine connaissance de cause.

Au reste, un nouvel argument corrobore tout ce qui vient d'être dit. La constitution de Constantin que nous fait connaître la loi 5 C., *Unde vi*, liv. 8, t. 4, se trouve également au Code Théodosien loi 1 C. Th., *Fin. reg.*, liv. 2, t. 26 : or cette loi montre qu'il faut ajouter un mot à la loi 5 C., *Unde vi*, liv. 8, t. 4, au lieu de lire : *nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt,* il faut lire : *nam si per errorem aut incuriam domini loca* DATA *ab aliis possessa sunt.* Les mots *loca data* montrent que, pour que la constitution de Constantin s'applique, une tradition doit avoir été faite par l'ancien possesseur au nouveau, que cette constitution est par suite étrangère au cas où celui-ci a de lui-même appréhendé l'immeuble.

L'explication d'Ihering, déjà trop compréhensive en ce qu'elle étend l'application de notre loi au cas d'appréhension réalisée par le nouveau possesseur, est également défectueuse en ce qu'elle suppose que l'ancien possesseur puisse avoir le moyen de recouvrer la possession par cela seul que la nouvelle possession aurait pour origine l'erreur du nouveau possesseur seulement. Il est facile de montrer qu'une telle hypothèse ne saurait se rencontrer. Et, en effet, prenons comme point de départ cette notion maintenant établie que la constitution de Constantin ne trouve son application qu'autant qu'il y a eu tradition faite par l'ancien possesseur. En faisant cette tradition, ou bien ce possesseur a commis lui-même une erreur, et alors, la tradition étant faite *per errorem domini,* on conçoit que le propriétaire se fonde sur sa propre erreur pour recouvrer la possession ; ou bien il n'a pas commis d'erreur, il a bien livré ce qu'il voulait; mais alors il y a *incuria* de sa part : il pourra invoquer sa propre *incuria.* On ne voit donc pas en quelle hypothèse il lui serait possible d'invoquer l'erreur du nouveau possesseur, sans qu'il ait la faculté d'invoquer sa propre erreur ou sa propre incurie.

Cette réfutation de la théorie d'Ihering conduit donc à la théorie suivante :

Il y aura, d'après la loi 5 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, possession vicieuse, il y aura lieu, par conséquent, à l'interdit *momentariæ possessionis* au profit de l'ancien possesseur et à l'encontre du nouveau, dans le cas où l'ancien possesseur *per incuriam vel per errorem* aura livré l'immeuble au nouveau. Il s'agira, par exemple, d'une personne devenue, par suite d'une succession, propriétaire d'immeubles, qui, ne connaissant pas exactement les fonds dont elle a ainsi acquis la propriété, se trompe, et livre un fonds au lieu d'un autre. Ou bien encore, si, après nous être occupés de la livraison *per errorem domini,* nous passons à celle qui est le résultat de l'*incuria domini,* il s'agira d'un propriétaire négligent qui aura livré son immeuble sans rechercher auparavant s'il était ou non tenu de le faire.

Cette théorie est celle qui a été professée sur notre loi par Cujas[1], doit-elle être admise? Je ne le crois pas ; à mon avis, la constitution étudiée est absolument étrangère à notre matière : elle n'a nullement trait à une question de possession. Sans doute, l'explication donnée serait satisfaisante si la loi 5 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, devait s'interpréter seule : en effet, on pourrait soutenir avec beaucoup de force qu'il est question de restitution de la possession, puisque le texte le dit expressément, et ajouter que la circonstance que le texte est placé au titre *Unde vi,* confirme pleinement cette interprétation.

Mais la loi 5 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, ne constitue qu'un fragment de la constitution de Constantin : pour connaître complètement cette constitution, il faut placer cette loi à la suite de la loi 3 C., *Fin. reg.,* liv. 3, t. 39, ou, ce qui est préférable, se reporter à la loi 1 C. Th., *Fin. reg.,* liv. 2, t. 26, qui la donne dans son ensemble et qui établit d'une façon plus nette la suite des idées :

« Si un propriétaire, dit cette dernière loi, au sujet d'un

[1] *Cujacii opera,* t. 9, col. 1153, Ed. Naples, 1758.

« fonds qui lui appartient et sur lequel empiète son voisin, « intente une action en bornage qui soulève toujours une « question de propriété, il faut tout d'abord trancher la « question de possession; ensuite ordre sera donné à l'*agri-* « *mensor* de se rendre sur les lieux, pour établir la vérité « des faits et donner la solution du litige.

« Si l'adversaire qui s'est mis en possession se dérobe, et « occasionne ainsi des retards qui empêchent qu'on mette « fin au procès par la délimitation des fonds, l'*agrimensor* « choisi se rendra sur le fonds; et, en conséquence, si un « examen sérieux montre que le fonds est à celui qui l'oc- « cupe, le demandeur succombant devra se retirer : si au « contraire c'est le demandeur qui apparaît comme émet- « tant une prétention fondée, celui qui a empiété sera tenu « des peines de l'édit, s'il est établi que c'est par la vio- « lence qu'il a réussi à commettre ces empiètements, Si au « contraire c'est par suite de l'erreur ou de l'incurie du « propriétaire que les fonds qui ont fait l'objet d'une tra- « dition ont été possédés par d'autres, ces possesseurs de- « vront seulement s'en dessaisir. »

Il est facile de voir que c'est détourner la constitution de Constantin de son sens naturel que vouloir, comme le fait Cujas, prétendre qu'il y est question de possession. Le texte prouve qu'il s'agit d'une question de propriété puisque le demandeur intente une *actio finium regundorum* et que l'empereur a le soin de dire qu'une telle action renferme une question de propriété : d'ailleurs la place même de cette constitution dans le Code Théodosien au titre *Finium regundorum* confirme pleinement cette interprétation. Enfin, puisque le rédacteur de la constitution déclare que la question de possession est tranchée avant que l'*agrimensor* ne soit envoyé sur les lieux, il est évident que, lorsque l'*agrimensor* est désigné, il ne s'agit plus de la question de possession, mais bien de la question de bornage et par conséquent de propriété. Dès lors quand, à la fin du texte, l'empereur parle de l'*invasor* qui devra restituer le fonds même

s'il n'y a pas eu violence commise, même si l'*invasor* a dû sa situation à l'*error* ou à l'*incuria domini,* il fait allusion à la condamnation qui est la suite de l'exercice de l'action en bornage, de l'action en revendication. L'*invasor,* n'étant pas reconnu propriétaire du fonds, doit le restituer : il sera en outre tenu des peines établies par la loi, s'il s'est rendu coupable de violence ; il n'en sera pas tenu, s'il doit sa possession à une tradition prenant son point de départ dans une erreur ou une négligence du propriétaire ; si, par exemple, le propriétaire, ne connaissant pas exactement les limites de ses fonds, a livré plus de terres qu'il ne le devait, ou si, s'en remettant à un tiers pour cette livraison, négligeant de le surveiller, la livraison effectuée a été plus considérable qu'elle n'aurait dû l'être.

Ainsi donc, rien dans le texte ne montre que Constantin ait ainsi voulu augmenter le nombre des hypothèses dans lesquelles il y a *vitiosa possessio* à l'égard de l'ancien possesseur : cet empereur en réalité reconnaît que celui qui est ainsi devenu possesseur *per errorem per incuriam domini* est possesseur même à l'encontre du *dominus,* puisqu'il suppose que c'est à la suite de l'*actio finium regundorum,* de l'action en revendication, que cette restitution sera faite : et en effet l'action en revendication, ne se donne pas à l'encontre de celui qui ne possède pas.

Cette explication est si naturelle que Cujas qui, ainsi qu'on l'a vu, soutient en plusieurs endroits de ses œuvres que la loi 5 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, donne un interdit *recuperandæ possessionis* à l'ancien possesseur qui a perdu la possession *per errorem* ou *per incuriam*, qui par conséquent déclare que cette loi s'occupe d'une question de possession seulement, arrive cependant, dans un passage qu'il est bien difficile de concilier avec les autres, à donner l'interprétation que je propose. Parlant de la loi 5 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, et de la restitution que doit faire au propriétaire le nouveau possesseur qui l'est devenu *per errorem vel per incuriam domini,* il ajoute : « *Ceterum possessionem restitui de-*

« *bere, quà actione non dicit. Existimo vindicationem com-*
« *petere, et hoc quidem mihi exploratum est ita esse, quum*
« *per errorem rem alienam occupavit*[1], » et il ajoute ensuite qu'au cas où la nouvelle possession dérive de l'*incuria domini,* à partir de Justinien seulement, il a pu y avoir lieu à un interdit *recuperandæ possessionis* dans le cas prévu par la loi 11 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, que nous connaissons. N'est-ce pas dire nettement que Constantin dans sa constitution tranchait une question de propriété, et par conséquent ne s'occupait pas d'établir de nouveaux cas de possession vicieuse?

Et d'ailleurs, comme le laisse entendre Cujas dans le passage qui vient d'être cité, toute autre interprétation rendrait inexplicable le développement du droit romain en notre matière. On a vu, en étudiant la loi 11 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, que c'est seulement Justinien qui est venu au secours du possesseur absent qui, ayant confié son fonds à un détenteur, souffre de la négligence ou de l'infidélité de ce détenteur qui, ayant abandonné le fonds confié à ses soins, a permis ainsi à un tiers de s'en emparer, que c'est Justinien qui le premier a donné au possesseur ainsi dépouillé l'interdit *unde vi.* Or, serait-il admissible que ce possesseur dépouillé par suite de l'infidélité ou de la négligence du détenteur, n'ayant par suite aucune *incuria* à se reprocher, n'aurait été protégé qu'à l'époque de Justinien, alors que, dès le règne de Constantin, on aurait assuré au possesseur perdant la possession par suite de sa négligence un interdit pour recouvrer la possession? Si c'est seulement à dater du règne de Justinien que l'on a donné au possesseur qui a perdu la possession par suite de l'infidélité ou de la négligence du détenteur, un interdit *recuperandæ possessionis,* c'est que le droit romain n'a jamais songé à protéger celui qui n'a perdu la possession que par suite de sa négligence, ou d'une erreur qu'il a commise.

[1] *Cujacii opera,* t. 8, col. 1086, Ed. Naples, 1758.

Nous admettrons donc que quand, par suite d'une erreur ou de l'incurie du propriétaire, un tiers aura par tradition acquis la possession d'un fonds, le propriétaire ne pourra, en se fondant sur la constitution de Constantin, prétendre cette nouvelle possession vicieuse à son égard, ni exercer à ce sujet un interdit *recuperandæ possessionis :* ce propriétaire ne pourra rentrer en possession de la chose qu'au moyen de l'action en revendication.

On objectera peut-être que, si cette solution est admise, l'*interdictum momentariæ possessionis* n'a que bien peu d'application. Mais cette objection ne porte pas : pour la faire disparaître, il suffira de faire remarquer que, dès le IVe siècle de notre ère, l'*interdictum momentariæ possessionis* devait être employé par le possesseur dépossédé dans le cas où une personne, même sans employer la violence, se mettait en possession d'une chose qu'elle prétendait lui appartenir, sans s'adresser à la justice. En outre, on doit retenir que, comme le montre la loi 8 C., *Unde vi,* liv. 8, t. 4, cet interdit trouve son application dans tous les cas où l'interdit *unde vi* pourrait être employé.

En effet cet interdit présentera des avantages spéciaux : il semble tout d'abord que la procédure en soit particulièrement rapide; en outre, il résulte de la loi 3 C., *Qui legit. pers.,* liv. 3, t. 6, que cet interdit sera valablement mis en mouvement par des personnes telles que les impubères et les esclaves qui d'ordinaire ne peuvent agir en justice.

Il est temps de conclure sur la question qui nous occupe depuis si longtemps. Il faut reconnaître que le droit du Bas-Empire a augmenté le nombre des hypothèses dans lesquelles il y a possession vicieuse à l'égard de l'ancien possesseur, et qu'il a obtenu ce résultat, soit en étendant l'application de l'interdit *unde vi* à des hypothèses pour lesquelles il n'avait pas été créé, soit en établissant l'interdit *momentariæ possessionis.* Mais le droit du Bas-Empire n'a procédé ainsi que quand la possession nouvelle n'a été acquise qu'au moyen de faits délictueux commis à l'encon-

tre de l'ancien possesseur, et n'a pas cru pouvoir déclarer à l'égard de l'ancien possesseur la nouvelle possession vicieuse, quand le nouveau possesseur n'avait rien à se reprocher. Aussi les empereurs n'ont-ils étendu l'application de la théorie de la possession vicieuse que dans le cas où le nouveau possesseur a commis la faute de se mettre en possession de sa propre autorité sans s'adresser à la justice, et dans le cas où il s'est mis en possession d'une chose abandonnée par le détenteur, alors qu'il savait ou devait savoir qu'il n'y avait aucun droit.

CHAPITRE II.

DE LA POSSESSIO VITIOSA PAR SUITE DU FAIT QUI EN A CAUSÉ LA CONTINUATION.

109. — On vient de voir que celui qui n'est devenu possesseur que grâce à un fait délictueux n'a qu'une possession vicieuse à l'encontre de celui qui a été ainsi dépouillé de sa possession; mais changeons maintenant quelque peu l'hypothèse : le fait délictueux dont il s'agit a pu, au lieu de faire acquérir à celui qui l'a commis la possession, avoir eu pour résultat de la lui conserver : ce sera par exemple un vendeur qui refuse de faire à l'acheteur livraison de la chose vendue, quoique l'époque fixée pour cette livraison soit arrivée, manquant ainsi aux obligations qui dérivent pour lui du contrat de vente, dans le but de conserver la possession de la chose qui devrait appartenir à l'acheteur. Dira-t-on alors, comme dans l'hypothèse où la possession est acquise à la suite d'un fait blâmable, que la possession conservée par un fait ayant ce caractère, sera, à dater du jour où le fait s'est produit, vicieuse à l'égard de celui qui devait l'acquérir et ne pourra pas par suite être invoquée avec succès contre lui?

Il faut répondre que la possession ne devient ainsi nullement vicieuse; mais il ne faudrait pas en conclure que, dans l'hypothèse que j'ai proposée, le vendeur pourrait se prévaloir avec succès de sa possession à l'encontre de l'acheteur lorsque le jour fixé pour la livraison est arrivé :

en réalité il n'était nullement besoin, pour protéger l'acheteur, de déclarer vicieuse la possession du vendeur : l'acheteur trouvait ailleurs le moyen de devenir possesseur quand il le voulait, d'empêcher le vendeur de tirer avantage de la possession par rapport à lui. En effet ce vendeur, une fois le délai fixé pour la livraison expiré, manque aux obligations qui dérivent pour lui du contrat de vente quand, sur la demande de l'acheteur, il ne livre pas à celui-ci la chose vendue : dès lors, l'acheteur aura l'*actio empti* qui lui permettra d'exiger que le vendeur exécute ses obligations et lui livre la chose. Il aura donc ainsi le moyen de faire cesser cette possession qui ne se continue que parce que le vendeur manque à sa parole : on peut dire que, en invoquant les droits que la vente lui donne, il empêchera le vendeur de se prévaloir des droits que la possession lui assure : à quoi aurait servi de déclarer cette possession vicieuse?

110. — Mais est-ce à dire alors qu'aucune possession ne peut après coup devenir vicieuse par suite d'un fait blâmable commis par le possesseur à l'effet d'en assurer la continuation? Ici se place une controverse fort importante divisant les interprètes du droit romain. Si la théorie de la possession vicieuse a été considérée comme inutile dans la matière que nous étudions en ce moment, c'est parce que celui qui serait devenu possesseur si le fait blâmable, qui a eu pour conséquence la continuation de l'ancienne possession, ne s'était pas produit, a des moyens d'action qui lui permettent de se garantir contre les conséquences de l'existence de cette possession, qui lui assurent la faculté d'y mettre fin; mais, s'il se trouve une hypothèse dans laquelle ces moyens d'action n'existent pas, ne devra-t-on pas recourir à l'application de la théorie de la possession vicieuse pour protéger celui qui est ainsi empêché de devenir possesseur?

C'est là, on le comprend facilement, une hypothèse qui

n'est pas de nature à se rencontrer souvent. Le fait blâmable, contre les conséquences duquel on veut prémunir celui qui aurait dû devenir possesseur, consiste en effet dans le refus opposé par le possesseur actuel de remettre la chose, alors qu'il est obligé de le faire : or, s'il y a ainsi une obligation à la charge du possesseur, celui qui peut se plaindre du refus aura, comme créancier ayant droit de demander la livraison de la chose, une action qui, ainsi qu'on l'a vu par l'hypothèse tirée de la vente, suffira pour le protéger.

Aussi n'est-ce qu'à propos du précaire que la question demande à être étudiée. On sait qu'à l'origine le précaire ne donnait lieu à aucune action, de telle sorte que, le concédant en précaire n'ayant à son service pour reprendre la chose que l'action en revendication, le précariste pouvait avec succès se prévaloir contre lui des avantages que procure la possession. Il y avait certainement de la mauvaise foi pour le précariste à agir ainsi; devant restituer la chose à première réquisition, il ne conservait la possession, lorsque le concédant l'avait redemandée, que par suite d'un fait répréhensible de sa part, et bien certainement, le précaire ne donnant au concédant aucune action, le concédant ne pouvait, comme l'acheteur, au cas de refus par le vendeur de livrer la chose, se prémunir contre les dangers résultant pour lui de cette continuation de la possession. Il fallait donc venir à son secours : c'est ce qu'a fait le droit romain; mais comment l'a-t-il fait? C'est là une question sur laquelle les interprètes du droit romain sont loin d'être d'accord.

Deux moyens pouvaient être employés par le droit romain. Il pouvait en effet transformer le précaire en contrat muni d'action, placer par suite le concédant en précaire dans la même situation que l'acheteur à qui le vendeur refuse la livraison de la chose, en lui permettant de faire valoir en justice l'obligation de restitution dont est tenu envers lui le précariste.

Il pouvait aussi déclarer vicieuse à l'égard du concédant

en précaire la concession du précariste et protéger par conséquent le concédant en précaire contre les dangers qui résultent pour lui de la possession du précariste, comme il protège celui qui a été dépouillé par violence à l'encontre de celui qui s'est ainsi constitué possesseur, par la création d'un interdit *recuperandæ possessionis*.

Qu'a donc fait le droit romain ? Il est certain qu'il donne au concédant en précaire l'interdit *de precario :* mais doit-on voir dans cet interdit un moyen d'action destiné à sanctionner les obligations que fait naître le précaire au profit du concédant et qui primitivement n'étaient pas sanctionnées? Doit-on, au contraire, y voir un interdit *recuperandæ possessionis* de même nature que l'interdit *unde vi*, donné au concédant en précaire afin qu'il puisse faire cesser la possession du précariste vicieuse à son égard?

Ces deux opinions sont très vivement soutenues; il faut les examiner d'un peu plus près.

111. — Beaucoup d'interprètes[1] prétendent que l'interdit *de precario* n'est pas un interdit ayant le caractère d'interdit *recuperandæ possessionis,* mais bien un moyen d'action ayant pour effet d'assurer au profit du concédant en précaire l'exécution des obligations qui dérivent à son profit et à l'encontre du précariste de la concession du précaire : pour eux l'interdit *de precario* n'est pas un interdit tendant à faire recouvrer à un ancien possesseur la possession qu'il a perdue, mais un interdit sanctionnant l'exécution d'une obligation.

Cette opinion était déjà présentée par Doneau[2] : « *Ex* « *contractu et negotio gesto originem trahunt interdictum* « *de precario et de migrando. Nam in precario, quod duo-*

[1] V. not. Ihering, *Fond. des interdits possessoires,* trad. Meulenaere, p. 87 et s.

[2] *Hug. Donelli opera omnia*, liv. 15, ch. 38, § 2, t. 4, col. 367, Florence, 1847.

« *rum consensu constat, negotium geritur simile commo-* « *dato, ut traditur L. 1 D., De prec., liv. 43, t. 26. Unde* « *etiam precarii recuperandi causâ dicitur competere præ-* « *ter interdictum actio præscriptis verbis. L. 2 D., De prec.,* « *liv. 43, t. 26. Non est enim hæc actio nisi ex contractu et* « *negotio gesto.* »

Pour défendre ce système, on fait remarquer que les règles qui gouvernent l'interdit *de precario* s'expliquent fort bien s'il s'agit d'un interdit établi en vue de sanctionner un contrat, ne se comprennent plus au contraire si cet interdit avait été créé en vue de permettre à un possesseur antérieur de recouvrer la possession par lui perdue.

En effet, dit-on, le concédant en précaire peut se servir de l'interdit *de precario* pour recouvrer la chose, non seulement contre le précariste qui possède, mais aussi contre le précariste qui n'est que simple détenteur [1]. C'est là une solution à propos de laquelle on n'a jamais soulevé le moindre doute.

Elle est d'ailleurs fort rationnelle, si on part de cette idée que l'interdit *de precario* a pour objet de sanctionner une convention non munie d'action par le droit civil. Et, en effet, il y a toujours une convention de précaire existant entre le concédant et le précariste, méritant d'être munie d'action, aussi bien quand le précariste n'est ainsi devenu que détenteur que quand il a acquis la possession : le préteur devait, dans les deux cas, assurer également l'exécution de l'obligation de restitution qui pèse sur le précariste. Mais cette solution n'est-elle pas au contraire inexplicable si on prend comme fondement de la théorie de l'interdit *de precario* cette notion que le précariste est un possesseur ayant une possession vicieuse à l'égard du concédant qui doit par conséquent avoir un interdit *recuperandæ possessionis* pour la faire cesser? Cette conception permettra

[1] On a vu en effet (V. page 311), que le précariste qui en principe possède est cependant détenteur en certains cas.

sans doute d'expliquer que l'interdit *de precario* puisse être intenté contre le précariste qui possède, mais elle est manifestement insuffisante pour justifier cette solution admise cependant par tous, à savoir que cet interdit est donné contre le précariste qui n'est que détenteur : on ne saurait, en effet, parler d'un interdit *recuperandæ possessionis* donné contre une personne qui ne possède pas.

On ajoute, dans ce système, que celui qui a reçu en précaire une chose dont il était propriétaire peut, quand le constituant agit contre lui par l'interdit *de precario,* conserver la chose en prouvant son droit de propriété. C'est ce qui résulte de la loi 4, § 3 D., *De prec.*, liv. 43, t. 26 : « Si j'ai demandé à avoir en précaire une chose qui m'ap-« partient, j'ai bien demandé cette concession en précaire, « mais je ne l'ai pas en précaire : car c'est une règle cer-« taine qu'on ne peut tenir en précaire sa propre chose. »

Dans cette loi, Ulpien, commentant les termes de l'édit qui a établi l'interdit *de precario,* détermine quelles sont les conditions nécessaires pour que l'interdit soit valablement intenté. Il suppose donc qu'un individu, ignorant qu'il est propriétaire, a demandé que la chose dont il a la propriété lui soit donnée en précaire, et il déclare que ce sera en vain que le concédant voudra invoquer contre lui l'interdit *de precario.* Sans doute, dit ce jurisconsulte, ce propriétaire *rogavit precario,* a demandé la concession en précaire, mais on ne peut dire que, comme le veulent les termes mêmes de l'interdit, *habet rem precario,* attendu qu'il peut invoquer ce titre de propriétaire et qu'il est reconnu qu'un propriétaire ne peut avoir sa chose en précaire.

Voilà, dit-on, encore une solution qui se comprend aisément, si on admet que l'interdit *de precario* a pour objet de sanctionner cette convention de précaire qu'avait négligée le droit civil. Il était, en effet, naturel de décider que la convention de précaire, du jour où elle a été sanctionnée par l'interdit *de precario,* ne devait pas produire plus d'effet

que le louage, le commodat, dans le cas où la chose qui en faisait l'objet appartenait à celui qui voulait la recevoir comme locataire ou commodataire, de dire en conséquence que l'interdit *de precario* n'aurait pas plus de succès que n'en aurait eu, dans des circonstances analogues, l'*actio locati* ou *commodati*. La convention de précaire était donc nulle comme l'étaient le louage et le commodat, et l'interdit *de precario* établi pour sanctionner le précaire, pour remplacer l'action que ne donnait pas le droit civil, ne devait pas plus réussir que ne l'auraient fait les actions *locati* et *commodati* données par le droit civil à l'encontre du propriétaire qui aurait pris sa propre chose à bail ou en commodat. Ce rapprochement entre le précaire d'une part et le bail et le commodat d'autre part est d'ailleurs fait dans la loi 45 pr. D., *De reg. jur.*, liv. 50, t. 17 : « On ne « peut recevoir sa propre chose ni en gage, ni en dépôt, « ni en précaire, ni en exécution d'une vente ou d'un « louage. »

Si l'interdit *de precario* a été créé en vue de sanctionner les obligations qui dérivent de la concession en précaire, il est donc parfaitement logique de décider qu'il ne pourra être intenté avec succès à l'encontre du propriétaire qui a demandé la concession en précaire; mais cette solution est injustifiable si on prétend que l'interdit *de precario* est un interdit *recuperandæ possessionis*, si on déclare que, le précariste possédant, mais d'une façon vicieuse à l'égard du concédant, l'interdit *de precario* est précisément le moyen donné au concédant de faire constater le vice et de recouvrer la possession. En effet, l'interdit *de precario* ainsi compris ne sert qu'à trancher une question de possession : or, on a vu que, dans les débats sur la possession, on écarte la question de propriété qui doit faire l'objet d'une instance spéciale, qu'on ne doit pas écouter celui qui, actionné par un interdit possessoire, voudrait repousser la demande formée contre lui en se prétendant propriétaire. Par suite, si on prétend que l'interdit *de*

precario est un interdit possessoire, on doit reconnaître que le précariste ne doit pas être admis, lorsqu'il veut ainsi se dérober à la restitution de la chose, à prouver qu'il en est propriétaire. Il ne servirait en rien à celui qui s'est ainsi mis en possession par violence et qui est actionné par l'interdit *unde vi* d'alléguer qu'il est propriétaire : s'il est établi qu'il possède *vi,* c'est-à-dire d'une façon vicieuse par rapport à son adversaire, il devra restituer la chose. La même solution ne s'imposerait-elle pas si on reconnaît à l'interdit *de precario* le même caractère qu'à l'interdit *unde vi,* si on le fait rentrer dans la classe des interdits *recuperandæ possessionis* destinés à mettre fin à une possession qualifiée vicieuse à l'encontre de celui qui l'intente? Et, dès lors, la décision d'Ulpien contenue dans la loi 4, § 3 D., *De prec.,* liv. 43, t. 26, montrant que le concédant en précaire ne peut intenter avec succès l'interdit *de precario* à l'encontre du propriétaire de la chose qui lui a été donnée en précaire, ne constitue-t-elle pas une preuve absolument décisive établissant que l'interdit *de precario* n'est nullement un interdit *recuperandæ possessionis,* mais bien un interdit ayant pour but de sanctionner les obligations dérivant de la concession de précaire?

Ce n'est pas tout encore; cet interdit *de precario,* disent les textes, ne peut plus être invoqué par le constituant en précaire quand il a pris soin dans une stipulation de se faire promettre la restitution de la chose : « Celui qui « s'est fait promettre que la chose lui serait restituée, dit « Pomponius dans la loi 15, § 3 D., *De prec.,* liv. 43, t. 26, « ne peut intenter l'interdit *de precario.* » Cette décision s'explique d'elle-même, dira-t-on, si on reconnaît que l'interdit *de precario* a été établi à l'effet de donner au concédant en précaire une action que ne lui accordait pas le droit civil. Cet interdit, créé pour fournir une action à celui qui n'en aurait pas sans cela, n'a pas sa raison d'être quand il y a un autre moyen d'agir. Mais comment justifier cette solution si on voit dans l'interdit *de precario* un interdit

recuperandæ possessionis? En quoi y aurait-il impossibilité à ce que cet interdit *de precario* pût continuer à être exercé quand le constituant en précaire aurait l'*actio ex stipulatu?* Est-ce que ces deux moyens d'action n'auraient pas chacun leur raison d'être spéciale, l'interdit *de precario* servant à trancher une question de possession, l'*actio ex stipulatu* assurant l'exécution du contrat passé?

Enfin on peut faire remarquer que la loi 18 D., *De prec.*, liv. 43, t. 26, établit nettement que l'interdit *de precario* n'est pas un interdit *recuperandæ possessionis* quand elle dit : « On peut, même si on ne possède pas, donner en « précaire sa chose à une personne qui la possédera. »

Il faut bien avouer, dit-on, en présence de ce texte, que l'interdit *de precario* n'est pas un interdit *recuperandæ possessionis,* ayant pour but de faire recouvrer la possession, puisqu'il peut être exercé par quelqu'un qui n'a jamais possédé. L'interdit *de precario* ne peut donc être qu'un interdit destiné à sanctionner la convention de précaire : cette conception admise, la solution du texte ne donne lieu à aucune difficulté : qu'importe en effet que le concédant possède ou non la chose donnée en précaire? Le précaire existe, fait naître des droits au profit du concédant : celui-ci doit donc avoir l'interdit *de precario* pour les faire valoir.

112. — Quelque sérieuses que paraissent être les raisons qui viennent d'être exposées, je crois que l'on se trompe sur le caractère de l'interdit *de precario* quand on y voit un interdit né *ex contractu,* créé en vue de sanctionner les obligations dérivant de la concession en précaire. A mon avis, l'interdit *de precario* est, comme l'interdit *unde vi,* un interdit *recuperandæ possessionis,* offert au concédant en précaire par le préteur, afin de lui permettre de recouvrer la possession, un interdit tirant son origine, comme l'interdit *unde vi,* du fait délictueux commis par le précariste et consistant en ce qu'il y a dol, mauvaise foi de la part de celui-ci à ne pas restituer la chose aussitôt que le concé-

dant la redemande, un interdit ayant pour objet, comme l'interdit *unde vi*, d'assurer à la victime de ce fait délictueux au moyen de la restitution de la possession, la réparation du dommage qui lui a été causé[1].

Pour établir le bien-fondé de cette théorie, je commencerai par montrer que la doctrine contraire est inacceptable. Dans cette doctrine, on considère que le précaire constituait dans le vieux droit romain une convention de même nature que tout autre contrat, que le commodat, par exemple, n'en différant qu'en ce que le droit civil avait omis de la munir d'action. Cette manière d'envisager les choses, si on se place dans le vieux droit romain, n'est nullement exacte. En effet, on doit avouer qu'à ce moment le précaire n'était pas une institution juridique, qu'il ne pouvait en conséquence ni créer des droits, ni faire naître des obligations soit au profit, soit à la charge du concédant en précaire ou du précariste. Presque tous les interprètes du droit romain sont d'accord pour déclarer que le *precarium* a pris naissance entre patrons et clients, qu'il a consisté dans la concession de terres faite par le patron à son client dans des conditions telles que le patron pouvait reprendre à son client, quand il le voulait, ces terres qu'il lui avait confiées.

Il n'est pas besoin d'insister longuement pour déterminer quel était alors le caractère du précaire : à ce moment où existait la clientèle à Rome, le droit romain était un droit propre aux patriciens, étranger à la plèbe, c'est-à-dire à la population parmi laquelle se recrutaient les clients; en outre, les relations qui existaient entre patrons et clients devaient ressembler à celles qui unissaient le *paterfamilias* et les personnes placées sous sa puissance. Dans ces conditions, le précaire ne pouvait être un acte juridique : et en effet un acte de cette nature n'aurait pu être passé avec un

[1] *Dissertations de droit romain et de droit français*, par Machelard. *De la possession*. Appendice, § 6, p. 97.

plébéien, c'est-à-dire avec une personne n'ayant pas la participation au droit civil. En outre, le patron n'aurait pu avoir l'idée, en concédant le précaire, d'établir ainsi un acte juridique devant faire naître des droits, des obligations entre lui et son client : chef absolu de la famille, ayant alors sous sa puissance non seulement ses enfants, mais encore ses clients, il aurait reconnu à son client une indépendance inconciliable avec son autorité suprême, s'il avait passé avec lui un acte susceptible d'engendrer des droits et des obligations.

Le législateur romain devait enfin lui aussi se refuser à reconnaître l'existence possible d'un acte pouvant faire naître des droits, des obligations entre clients et patrons. Respectant le pouvoir absolu du *paterfamilias*, il ne s'immisçait jamais, au temps du vieux droit romain, dans le gouvernement de la famille : les rapports entre clients et patrons lui étaient alors tout aussi étrangers que les rapports entre *paterfamilias* et enfants en puissance.

Que pouvait donc être alors le précaire ? Un acte absolument étranger au droit, un acte de pure libéralité consenti par le patron à son client, qui ne devait, dans l'intention du concédant, faire naître aucun droit, aucune obligation au profit ou à l'encontre de lui ou du précariste, qui n'aurait pu en faire naître à cette époque, étant donné le caractère du droit qui s'appliquait alors.

Il est maintenant facile de prouver que, même plus tard, cette notion du précaire s'est conservée. Sans doute, lorsque la clientèle eut disparu, lorsque le précaire fut employé entre les personnes dont l'une n'avait pas autorité sur l'autre, on dut tendre à l'assimilation du précaire avec une convention ordinaire, ce qui aboutit à faire reconnaître au concédant en précaire l'*actio præscriptis verbis*, lui permettant de redemander la restitution de la chose. Mais néanmoins le caractère primitif du précaire ne disparut pas, et le droit classique s'en souvint si bien que beaucoup de règles admises par les jurisconsultes de cette époque ne se

comprennent que si on voit dans le précaire, non pas un *negotium juris,* mais un simple acte de générosité émané du constituant, ne devant dans l'intention des deux parties faire naître d'obligation à la charge de qui que ce soit.

Paul marque bien nettement la persistance de ce caractère particulier du précaire dans la loi 14 D., *De prec.,* liv. 43, t. 26:

« C'est à bon droit que l'on a créé l'interdit *de precario,* « attendu qu'il n'y avait en cette matière aucune action du « droit civil : en effet, c'est plutôt à la classe des actes de « générosité qu'à la classe des *negotia juris* que se rattache « le précaire. »

Ainsi donc, d'après Paul, si le droit civil n'a pas muni d'action le précaire, c'est parce qu'il y voyait non pas un *negotium juris* mais un acte de générosité échappant par suite de sa nature même à la réglementation de la loi : ce n'est donc pas pour sanctionner un contrat juridique de même nature que le commodat et non pourvu d'action par le droit civil, que le préteur a créé l'interdit *de precario.*

Et d'ailleurs les règles mêmes qui s'appliquent au précaire montrent la vérité de l'observation présentée par Paul.

En effet, si le précariste était considéré comme obligé en vertu d'un contrat, il devrait, étant donné la règle générale admise relativement aux fautes commises par un débiteur et empêchant l'exécution de l'obligation, être tenu non seulement de sa *culpa lata* mais aussi de sa *culpa levis;* car c'est là la responsabilité qui pèse de droit commun sur celui qui tire un avantage du contrat d'où est née son obligation.

Or il n'en est pas ainsi, et les textes sont formels pour déclarer que le précariste n'est tenu que de son dol :

« Le préteur, dit Ulpien dans la loi 8, § 3 D., *De prec.*, liv. « 43, t. 26, a décidé que serait tenu par l'interdit *de preca-* « *rio* celui qui par son dol a cessé d'avoir la chose. Il faut « remarquer que le précariste ne répond pas de sa faute,

« mais seulement de son dol, à la différence du commoda-« taire qui répond non seulement de son dol mais aussi de « sa faute. Et ce n'est pas sans motif que le précariste ne « répond que de son dol : étant donné que le précaire n'est « qu'un acte de libéralité de la part du concédant, il suffit « qu'il y ait responsabilité du dol. On admet cependant « qu'il faut assimiler au dol la faute si grave qu'elle s'en « rapproche. »

Ulpien reproduit donc dans ce texte la conception du précaire exposée par Paul : il voit dans le précaire un acte de générosité et non pas un acte juridique, et il en tire cette conséquence que le précariste ne sera tenu que de son dol. Voici en effet quel est le raisonnement d'Ulpien : puisque le précaire n'a nullement les caractères d'un acte juridique, il ne peut faire naître au profit de qui que ce soit ni droits ni obligations. Comment dès lors parler de la responsabilité des fautes relativement au précariste, s'il ne peut être obligé à rien? Il n'est pas obligé de restituer en vertu de la concession de précaire : dès lors, on ne saurait rien lui demander si, par sa faute, la restitution est devenue impossible. Pour que ce précariste soit tenu, il faut que l'on trouve contre lui, ailleurs que dans la convention de précaire, le principe d'une obligation : il faut donc qu'on puisse lui reprocher un délit à l'encontre du concédant : de là la responsabilité du précariste limitée au cas de dol.

Ce n'est pas là la seule particularité de la théorie du précaire qui conduise nécessairement à reconnaître que, même au droit classique, les jurisconsultes romains ont vu dans cette concession, non un acte juridique, mais un acte de pure générosité étranger au droit : en voici une autre bien remarquable.

Le précaire est, d'après sa nature même, une concession en jouissance consentie par le concédant au précariste dans des conditions telles que le concédant peut reprendre la chose quand il lui convient : mais ne pourrait-on pas concevoir une concession en précaire faite dans des conditions

telles que le concédant se retire le droit de reprendre la chose au précariste avant une certaine époque? Si le précaire était un acte juridique comme le commodat par exemple, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas obligatoire tel qu'il aurait été conclu, pourquoi le précariste ne pourrait pas se refuser à restituer la chose avant l'échéance du terme. Or il n'en est pas ainsi : malgré le délai fixé pour la restitution, le concédant pourra reprendre la chose quand il le voudra.

« Lorsque, dans une concession en précaire, dit le juris-« consulte Celsus dans la loi 12 pr. D., *De prec.,* liv. 43, « t. 26, il est convenu que le précariste possédera à ce titre « jusqu'aux calendes de juillet, le précariste n'aura-t-il « pas une exception qui empêchera que jusque-là on lui « enlève sa chose? Mais on doit considérer comme n'ayant « aucune force la convention ayant pour but de permettre « à un tiers de posséder la chose malgré la volonté du pro-« priétaire. »

Il faut remarquer que, pour le jurisconsulte Celsus, la solution ne faisait aucun doute au point de vue des principes du droit civil, que très certainement, à ce point de vue, le concédant en précaire n'était pas tenu d'observer le délai fixé. En effet, Celsus se demande si le précariste a une exception, s'il y a par conséquent un principe d'équité qui, venant paralyser en cette circonstance les règles du droit civil, permettra au précariste d'invoquer une exception. Et en effet si c'était, comme dans le commodat par exemple, en vertu du droit civil lui-même, que le délai devait être observé, il y aurait lieu à un moyen de défense et non pas à une exception.

D'où vient donc que tous les jurisconsultes étaient d'accord pour reconnaître que le précariste ne pouvait pas en ce cas invoquer un moyen de défense? D'où vient que Celsus, qui d'ailleurs, sur ce point, ne paraît pas exposer une théorie qui lui soit spéciale, refuse même une exception?

Ces solutions certainement incompréhensibles, si le précaire est considéré comme un *negotium juris*, comme une convention susceptible de produire des droits et des obligations, s'expliquent au contraire fort bien si on adopte la conception du précaire que nous fait connaître Paul, si on admet que le précaire est un acte de pure générosité étranger au droit par sa nature même. En effet, le précariste ne pourra, en s'appuyant sur les principes du droit, opposer au concédant le délai fixé dans la concession en précaire, puisque le précaire est un acte de pure générosité ne faisant naître aucune obligation. Et il ne pourra pas non plus invoquer l'équité pour obliger le concédant à observer le délai dont il s'agit, si on reconnaît qu'il y a eu pure générosité de la part du concédant. Ce serait retourner à l'encontre du propriétaire un acte qu'il a consenti par bienveillance, et priver de la possession, c'est-à-dire de l'exercice de son droit, le propriétaire qui veut reprendre sa chose, alors qu'il ne s'en est dessaisi que par pure générosité.

Enfin les difficultés qui se sont produites relativement à la question de savoir si l'interdit *de precario* pouvait être intenté contre l'héritier du précariste comme il peut l'être contre le précariste lui-même, confirment la théorie qui a été présentée sur la nature du précaire.

Si le précaire est un acte juridique de même nature que le commodat, n'en différant qu'en ce que, le droit civil ne l'ayant pas sanctionné, le préteur a dû créer l'interdit *de precario* pour tenir lieu de l'action que ne donnait pas le droit civil, l'interdit *de precario* devait, sans hésitation aucune, être donné contre l'héritier du précariste aussi bien que contre le précariste lui-même, et dans les mêmes conditions : c'est, en effet, la solution admise en matière de commodat. Or en est-il ainsi?

Cetains textes refusent au concédant l'interdit *de precario* contre l'héritier du précariste.

« Lorsque l'héritier du précariste, dit le jurisconsulte

« Paul dans ses *Sentences,* liv. 5, t. 6, § 12, est resté en « possession de la chose donnée en précaire, il vaut mieux « admettre que cet héritier possède *clam :* en effet cet « héritier n'a rien demandé; sans doute, il y aura toujours « action réelle pour reprendre la chose, mais il n'y aura « pas lieu à l'interdit. »

« Les droits du concédant en précaire, déclare Celsus « dans la loi 12, § 1 D., *De prec.,* liv. 43, t. 26, passent à « ses héritiers, mais il n'en est pas de même de l'héritier « du précariste : en effet, c'est au seul précariste et non à « son héritier que la possession a été concédée. »

Ainsi donc, pour Celsus et Paul, l'héritier du précariste n'est pas précariste lui-même; il n'est donc pas tenu en vertu de l'interdit *de precario.*

D'autres textes accordent au contraire l'interdit *de precario* contre l'héritier du précariste, mais ne le font que sous certaines conditions que n'exige pas le droit commun.

C'est ainsi que Papinien, refusant l'interdit *de precario* à l'encontre de l'héritier du précariste qui ignore l'existence du précaire, ne l'accorde contre cet héritier que dans le cas où le précaire a été connu de lui :

« Puisque, dit ce jurisconsulte dans la loi 11 D., *De div.* « *temp. præs.,* liv. 44, t. 3, l'héritier succède à tous les « droits du défunt, l'ignorance où il se trouvait des vices « de la possession de son auteur ne les fera pas disparaître, « par exemple dans le cas où le défunt sachant qu'une « chose appartenait à autrui, l'a possédée *vi*[1] *aut precario.* « En effet, quoique cet héritier qui ignore l'existence du « précaire ne soit pas considéré comme précariste, et ne « puisse être poursuivi par cet interdit, il n'usucapera pas « cependant ce que le défunt ne pouvait acquérir. »

C'est ainsi encore qu'Ulpien donne sans doute l'interdit *de precario* contre l'héritier du précariste aussi bien que

[1] Il faut bien manifestement dans le texte remplacer le mot *illo* par le mot *vi.*

contre le précariste lui-même, mais a bien soin de noter que les conditions d'exercice de cet interdit et ses effets seront bien différents quand il sera intenté contre cet héritier.

« L'héritier du précariste, décide Ulpien dans la loi 8, « § 8 D., *De prec.*, liv. 43, t. 26, est tenu comme le préca- « riste lui-même de l'interdit *de precario* de façon à être « obligé, s'il a la chose entre les mains, ou s'il ne l'a plus « ou a manqué de l'avoir par suite de son dol : il n'est tenu « à raison du dol commis par le défunt que dans la limite « du profit qu'il a retiré de ce dol. »

Ulpien donne donc l'interdit *de precario* contre l'héritier du précariste; mais, à la différence de ce qui se produit pour l'*actio commodati*, cet héritier du précariste, au lieu d'être tenu par cela seul que le précariste en était tenu et de la même façon que le précariste lui-même, ne sera ainsi poursuivi qu'autant que lui-même aura la chose ou ne l'aura pas par suite de son dol, qu'autant, dans le cas où la restitution sera rendue impossible par suite du dol du précariste, que l'héritier se sera enrichi par suite de ce dol, et seulement dans les limites de son enrichissement.

Comment expliquer toutes ces divergences? Pourquoi les jurisconsultes romains hésitent-ils sur la solution à admettre?

C'est là un point sur lequel j'aurai par la suite à revenir : mais il me suffit actuellement de faire remarquer que, s'il y a désaccord entre les jurisconsultes romains sur la solution que l'on doit admettre, il y a unanimité entre eux sur la proposition suivante : on ne doit pas appliquer le principe suivant lequel, l'héritier étant le continuateur de la personne juridique du défunt, l'action existant contre le défunt doit pouvoir être exercée contre les héritiers et de la même façon. Et en effet il y a sans doute des jurisconsultes qui déclarent que l'interdit *de precario* peut être intenté contre l'héritier du précariste, mais aucun n'admet que ce soit dans les conditions qui permettent de le faire contre

le précariste lui-même. N'y a-t-il pas là une preuve nouvelle que si le préteur a créé l'interdit *de precario*, ce n'est pas pour donner une sanction à une convention de même nature que le commodat et que le droit civil aurait omis de sanctionner ?

Il est donc établi que le précaire n'est pas une institution juridique, mais au contraire un acte étranger au droit, acte de pure générosité de la part du concédant, non susceptible par conséquent de faire naître des droits et des obligations à la charge de qui que ce soit; il est prouvé par conséquent que le préteur n'a pas créé l'interdit *de precario* en vue de sanctionner une convention jusque-là dépourvue d'action, et que l'explication que l'on a voulu donner de l'interdit *de precario*, en prenant un tel point de départ, n'est pas exacte. Si on est arrivé à considérer le précaire comme étant à certains égards un acte juridique, une convention, si on est arrivé en conséquence à le sanctionner au moyen de l'*actio præscriptis verbis*, cela ne s'est produit que bien après la création de l'interdit *de precario;* et encore on doit ajouter que jamais ce nouveau point de vue n'a été complètement adopté.

Mais il ne suffit pas d'avoir montré que le précaire n'était pas un acte juridique, que l'interdit *de precario* n'avait pas pour objet d'en sanctionner les obligations, il faut indiquer quelles sont les raisons d'être de cet interdit : on parviendra ainsi à prouver que la possession du précariste est une possession vicieuse à l'égard du concédant.

En commençant cette recherche des raisons d'être de l'interdit *de precario*, nous constaterons que cet interdit a pour but de sanctionner une obligation : c'est ce qui résulte de ce que l'interdit *de precario* n'est donné que contre une seule personne, le précariste, et non pas contre toute personne détenant la chose. Or, d'où peut naître cette obligation? On vient de voir que ce ne peut être d'une convention, puisque le précaire n'est pas un *negotium juris*. Dès lors l'interdit *de precario* doit nécessairement tirer son ori-

gine soit d'un délit ou d'un quasi-délit commis par celui qui a reçu la chose en précaire, soit d'un quasi-contrat : il n'est pas d'ailleurs difficile d'indiquer quel est ce délit, quel est ce quasi-contrat. Le concédant en précaire demande au précariste la restitution de la chose qui lui a été confiée; presque toujours il y aura dol de la part du précariste à ne pas restituer la chose : en effet, il sait que, comme précariste, il ne doit pas conserver la chose dès que le concédant la redemande; il agit donc de mauvaise foi, il commet un dol quand il se refuse à faire cette restitution. Le dol est donc le délit qui sert de base à l'interdit *de precario*. Quelquefois cependant ce sera de très bonne foi que le précariste se refusera à rendre la chose : ainsi il peut s'en croire propriétaire et, par conséquent, considérer la concession de précaire comme n'existant pas; il n'y aura pas de dol, pas de délit commis par le précariste qui se refuse dans ces circonstances à restituer la chose; mais alors il y aura un quasi-contrat expliquant l'exercice de l'interdit *de precario* et fondé sur l'enrichissement injuste que réaliserait ainsi le précariste au préjudice du concédant : le concédant doit pouvoir, par l'interdit *de precario*, se faire tenir compte de l'enrichissement que procurerait au précariste la non-restitution de la chose.

Telle est, suivant moi, la raison d'être de l'interdit *de precario* : il est facile de montrer que, cette théorie admise, les solutions diverses données par les jurisconsultes romains sur le point de savoir si l'interdit *de precario* peut être intenté contre les héritiers du précariste et à quelles conditions, s'expliquent fort bien.

Et en effet que Paul, s'occupant de l'hypothèse qui se produira le plus fréquemment, on pourrait même dire de la seule qui se présentera d'ordinaire, dans laquelle l'interdit sanctionne une obligation née du délit du précariste, ait déclaré dans ses *Sentences*, liv. 5, t. 6, § 12, que l'interdit *de precario* n'est pas donné contre l'héritier du précariste, cela ne saurait paraître surprenant : ce jurisconsulte

sulte ne fait qu'appliquer, en donnant cette décision, le principe bien connu d'après lequel les actions tendant à la répression d'un délit ne se transmettent pas contre les héritiers du coupable. Destiné à faire prononcer la punition du précariste qui seul peut avoir commis le délit dont il s'agit, puisque c'est à lui seul que le précaire a été consenti, l'interdit *de precario* ne pourra être intenté que contre lui. Mais, objectera-t-on, est-ce que l'héritier du précariste, qui connaît l'existence du précaire et qui cependant se refuse à rendre la chose au concédant qui la redemande, ne commet pas un délit de même nature que celui qui est commis par le précariste ne voulant pas restituer la chose?

Paul ne méconnaît pas que l'héritier du précariste a commis un délit, mais, à son avis, le délit ainsi commis n'est pas celui que commet le précariste. *Nullæ preces heredis videntur adhibitæ,* dit-il; il n'y a pas eu concession en précaire consentie à l'héritier du précariste : comment dès lors parler d'un interdit *de precario* contre un individu qui ne saurait être considéré comme précariste? Comment donner contre lui un interdit ayant pour objet la répression d'un délit supposant chez celui qui le commet la qualité de précariste? Mais si l'héritier du précariste, n'étant pas précariste lui-même, ne peut pas être poursuivi comme ayant commis un délit qu'un précariste seul peut commettre, il n'en a pas moins commis un fait blâmable. En effet, il y a eu appréhension clandestine de la chose réalisée par lui; il savait fort bien qu'il n'était pas précariste lui-même, qu'il n'avait aucun droit d'avoir la chose entre les mains, et néanmoins il n'a pas hésité à conserver la chose sans avertir le concédant de la fin du précaire : par suite, sa possession sera affectée du vice de clandestinité, et le concédant, au lieu d'être protégé par l'interdit *de precario,* se prévaudra des mesures prises à l'encontre de celui qui appréhende clandestinement la chose[1].

[1] V. pages 154 et suiv., et 366 et suiv.

Telle est la théorie de Paul; mais on comprend aussi que d'autres jurisconsultes romains aient raisonné autrement, qu'ils n'aient pas voulu considérer l'héritier du précariste comme un possesseur ayant acquis clandestinement la possession, et qu'ils aient au contraire déclaré que l'héritier du précariste, se refusant à rendre la chose, commet le même délit de dol que le précariste qui ne rend pas la chose à la première réquisition qui lui est adressée par le concédant. En raisonnant ainsi, les jurisconsultes devaient donner l'interdit *de precario* contre l'héritier du précariste aussi bien que contre le précariste lui-même : c'est ce que fait Ulpien dans la loi 8, § 8 D., *De prec.*, liv. 43, t. 26. Il reconnaît que l'héritier du précariste sera tenu de l'interdit *de precario* comme le précariste lui-même, mais il indique que, s'il admet cette solution, ce n'est pas par application du principe voulant que l'action donnée contre une personne soit donnée contre son héritier, mais bien parce qu'un délit a été commis par l'héritier lui-même, ou parce qu'il y a un enrichissement résultant de la non-restitution de la chose et dont a profité l'héritier.

Quant à l'opinion de Papinien exposée dans la loi 11 D., *De div. temp. præsc.*, liv. 44, t. 3, suivant laquelle l'interdit *de precario* ne pourrait être exercé que contre l'héritier du précariste qui a connu l'existence du précaire, elle s'expliquera au moyen de considérations analogues à celles qui motivent la théorie d'Ulpien. Papinien, admettant comme Ulpien que le délit commis par l'héritier du précariste qui ne restitue pas est le même que celui qui est commis par le précariste lui-même, et ne s'occupant d'ailleurs (ce qui est de beaucoup l'hypothèse la plus habituelle) que du cas où l'interdit *de precario* est fondé sur l'idée de délit, déclare qu'il n'y aura pas lieu à cet interdit, si l'héritier a ignoré le précaire : en effet, on ne saurait alors reprocher aucun dol, aucun délit à cet héritier qui se croit fondé à refuser la restitution de la chose.

J'ajouterai que la raison d'être de l'interdit *de precario*,

telle qu'elle a été exposée, rend très bien compte des textes qui déclarent que cet interdit ne peut être intenté contre le précariste quand il ne peut restituer la chose qu'autant qu'il a commis un dol[1]. En effet, si l'interdit *de precario* est fondé sur la mauvaise foi du précariste qui se refuse à restituer la chose, ou dans certains cas exceptionnels sur l'enrichissement qu'il a acquis et qu'il serait injuste qu'il conserve, on ne voit pas comment le précariste qui n'a plus la chose entre les mains, sans qu'il y ait eu dol de sa part, qui n'a réalisé, grâce à cette chose, aucun enrichissement, pourrait être poursuivi au moyen de cet interdit.

Ainsi compris, l'interdit *de precario* apparaît comme étant un interdit de même nature que l'interdit *unde vi*, présentant les mêmes caractères. Dans les deux cas on se trouve en présence d'un interdit ayant pour objet de punir un délit, puisque l'interdit *unde vi* est destiné à assurer la répression de la violence grâce à laquelle la possession a été acquise, puisque, grâce à l'interdit *de precario*, on punit la mauvaise foi de celui qui se refuse à restituer une chose qu'il sait devoir rendre à la première réquisition du constituant. Dans les deux cas également, l'interdit, d'ordinaire pénal, peut être simplement quasi-contractuel et avoir pour résultat d'obliger celui qui peut être ainsi poursuivi à restituer un enrichissement qu'il ne conserverait que contrairement à l'équité. C'est ce qui se produit pour l'interdit *de precario* quand il est intenté contre un précariste qui croyait avoir de justes raisons pour ne pas faire la restitution demandée, ou quand il est intenté, ainsi que l'admettaient certains jurisconsultes, contre l'héritier du précariste dans l'hypothèse où il a ignoré l'existence du précaire. Or c'est également la théorie reconnue comme vraie relativement à l'interdit *unde vi :* les textes déclarent, en effet, que l'interdit *unde vi* ne servira à demander que l'enrichissement procuré, sera par conséquent considéré comme sanctionnant

[1] L. 8, § 3 D., *De prec.*, liv. 43, t. 26.

l'obligation née d'un quasi-contrat, tout d'abord quand il sera employé contre l'auteur même de la violence en supposant que l'année utile donnée pour obtenir la répression du délit soit écoulée [1], et aussi quand il sera donné contre l'héritier de celui qui a commis la violence [2]. Ainsi donc, comme l'interdit *de precario*, l'interdit *de vi*, principalement pénal, devient quasi-contractuel quand le caractère pénal ne peut lui être reconnu.

Ce rapprochement qui vient d'être indiqué est, d'ailleurs, fait par les textes eux-mêmes, qui placent sur la même ligne celui qui possède *precario* et celui qui possède *vi*, qui montrent, par conséquent, qu'il y a deux théories semblables. C'est ce qui résulte de la formule même de l'interdit *uti possidetis*, que fait connaître Ulpien dans la loi 1 pr., *Uti poss.*, liv. 43, t. 17 : « *Uti eas ædes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis*, etc. Cette formule met, on le voit, sur la même ligne, la violence, la clandestinité, la précarité, et déclare que le possesseur à qui on pourra opposer soit la violence, soit la clandestinité, soit la précarité, n'intentera pas avec succès l'interdit *uti possidetis*. Or, on l'a vu, il est certain qu'au cas de violence et de clandestinité il y a un délit commis par le possesseur, rendant la possession vicieuse, il est également certain que ce délit, qui empêche celui qui en est l'auteur d'intenter avec succès l'interdit *uti possidetis* contre celui qui en a été victime, fait naître un interdit *recuperandæ possessionis*, permettant à la victime du délit de faire cesser cette possession vicieuse et de la recouvrer. Eh bien ! ce rapprochement, fait dans la formule de l'interdit entre la possession précaire et la possession violente ou clandestine, ne vient-il pas confirmer les déductions résultant des démonstrations précédentes? Est-ce que le préteur, dans son interdit, aurait fait ce rapprochement,

[1] L. 1, § 39 D., *De vi*, liv. 43, t. 16.
[2] L. 1, § 48 D., *De vi*, liv. 43, t. 16.

si l'interdit *de precario* avait eu pour but de sanctionner une convention dépourvue d'action dans le droit civil, tandis que l'interdit *de vi* servait à réprimer un délit? Est-ce que le préteur aurait parlé en même temps de la violence, de la clandestinité, de la précarité, si la violence et la clandestinité avaient constitué des délits ayant pour effet de rendre la possession vicieuse, si, au contraire, le précaire, ne viciant aucunement la possession du précariste, avait produit ce résultat de grever ce précariste d'une obligation de restitution?

On conclura donc en disant que celui qui possède à titre précaire et qui refuse de rendre la chose a, de même que celui qui possède par violence, à dater du jour où il a refusé de restituer la chose, une possession vicieuse qui, par conséquent, pouvant être invoquée contre tous, ne peut pas l'être contre le constituant du précaire, qui donne lieu à un interdit *recuperandæ possessionis*, l'interdit *de precario*, au profit du concédant en précaire, comme le vice de violence, donne lieu à l'interdit *unde vi*.

La seule différence qui existe, au point de vue où nous sommes placés, entre la possession affectée du vice de violence et la possession affectée du vice de précarité, consiste en ce que la possession affectée du vice de violence est une possession vicieuse dès son origine, tandis que la possession du précariste, *justa* tout d'abord, ne devient vicieuse que quand, le concédant demandant la restitution, le précariste la refuse.

Cette remarque qui vient d'être faite pourrait faire naître à l'esprit une nouvelle objection contre la théorie qui vient d'être proposée : cette théorie est inacceptable, dirait-on, parce qu'elle est contraire à la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis*. En effet, c'est par suite du refus du précariste de restituer la chose que la possession se transformerait, deviendrait *vitiosa* après avoir été *justa*: n'est-ce pas, dès lors, par suite du changement de volonté, qui se produit chez le précariste, que cette modification

dans le caractère de la possession sera effectuée? On a vu que celui qui a commencé à posséder *juste* une chose, ne transforme pas sa possession en possession *injusta* quand, s'apercevant qu'il n'est pas propriétaire, et voulant néanmoins conserver la chose, il se conduit de façon à laisser ignorer au propriétaire qu'il la possède [1], parce qu'il ne peut, par un changement de volonté, se changer à lui-même la cause de sa possession. Le même raisonnement ne doit-il pas conduire à décider que le précariste ne doit pas changer sa possession *justa* jusque-là en possession *injusta*, parce qu'il entend désormais ne plus se considérer comme tel?

Raisonner ainsi serait, en réalité, mal comprendre la règle qui vient d'être rappelée. En effet, on a vu que la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* a pour but d'empêcher que le caractère, la nature de la possession ou de la détention puisse subir une modification par suite de la seule volonté du possesseur ou du détenteur, mais qu'elle ne s'oppose nullement à ce que ce résultat se produise quand il n'est pas dû au seul changement de volonté du possesseur ou du détenteur [2]. Or, quand le précariste se refuse à rendre la chose à lui redemandée par le constituant, il n'y a pas simple changement de volonté chez le précariste; ce changement de volonté a pour cause la disparition de la concession de précaire résultant de la volonté du concédant qui réclame sa chose. La volonté du précariste n'agit pas seule, et la règle : *Nemo sibi ipse mutare potest causam possessionis* ne saurait, en conséquence, s'opposer à ce que la possession du précariste *justa* jusque-là, devienne *injusta* par suite de son refus de restituer la chose.

Mais il ne suffit pas d'avoir établi la théorie qui, à mon avis, doit être considérée comme exacte; il faut répondre

[1] L. 40, § 2 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

[2] V. page 269 et suiv.

aux objections qui ont été proposées et montrer que les textes qui ont été déclarés inconciliables avec cette théorie ne le sont nullement en réalité.

Et tout d'abord doit-on s'étonner que le concédant en précaire puisse se prévaloir de l'interdit *de precario*, même à l'encontre du précariste qui détient seulement la chose à lui donnée en précaire, qui ne la possède pas? Doit-on dire que cette solution ne saurait se comprendre dans notre théorie qui, déclarant vicieuse la possession du précariste, fait de l'interdit *de precario* un interdit *recuperandæ possessionis?*

En réalité, cette solution s'explique aisément.

Sans doute il est vrai de dire, que tant qu'une personne a la chose entre les mains en vertu d'une concession qui lui assure seulement la détention de la chose, on ne saurait concevoir que le précariste soit considéré comme ayant une possession vicieuse à l'égard du concédant, que celui-ci veuille en conséquence exercer un interdit *recuperandæ possessionis* : en effet, cette personne qui a la chose entre les mains ne la possédant pas, il est oiseux de rechercher si elle a une *possessio justa aut vitiosa;* il n'y a pas à donner au concédant un interdit *recuperandæ possessionis* pour recouvrer une possession qu'il n'a pas perdue.

Mais il faut remarquer que le concédant en précaire n'agira forcément contre le précariste que le jour où aura pris fin la constitution en précaire qui lui aura assuré la détention : en effet la concession en précaire cesse à dater du moment où le concédant veut reprendre la chose. En conséquence, à dater du jour où la concession en précaire aura pris fin, c'est-à-dire à dater du jour où, sommé par le constituant de restituer la chose, le précariste se sera refusé à le faire, on devra nécessairement le considérer comme possesseur : désormais il possède pour lui-même : il serait impossible en effet d'indiquer la cause qui empêche qu'il soit propriétaire, puisque la concession en précaire n'existe plus. Il est donc possesseur, mais il doit être soumis à l'in-

terdit *de precario*, sa possession est vicieuse, car il y a mauvaise foi de sa part à conserver par devers lui une chose qui devait être rendue à première réquisition.

Il est donc indifférent que, par suite de la constitution en précaire à lui consentie, le précariste soit devenu détenteur ou possesseur : il n'y a nullement à s'occuper de la situation juridique du précariste tant que dure le précaire; il n'y a à s'inquiéter que de la situation qu'il a quand, le précaire ayant pris fin, il a refusé de restituer la chose. Or, à ce moment, il est possesseur, il a une possession viciée par suite de son dol, de sa mauvaise foi, aussi bien quand auparavant il n'était que détenteur que quand il était possesseur.

Et l'on ne peut à l'encontre de cette interprétation invoquer la règle : *Nemo potest sibi ipse mutare causam possessionis* et prétendre que notre précariste constitué détenteur par le précaire ne saurait parvenir, par l'effet de sa volonté, en refusant de rendre la chose, à changer sa détention en possession. Je viens de démontrer en effet que, par suite de son refus de restituer, le précariste possesseur change en *possessio vitiosa*, la *possessio justa* qu'il avait auparavant. Les arguments qui justifient cette solution commandent également d'admettre qu'étant détenteur le précariste peut ainsi changer sa détention en *possessio vitiosa* : il est en effet inadmissible que la règle : *Nemo sibi ipse potest mutare causam possessionis* empêche qu'une de ces solutions soit admise et permette au contraire d'adopter l'autre. Un texte d'ailleurs montre la vérité de cette allégation : c'est la loi 20 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, qui s'occupe d'une hypothèse se rapprochant beaucoup de celle à propos de laquelle nous raisonnons :

« Celui qui avait donné une chose en commodat l'a vendue : il a ordonné au commodataire de la livrer à l'acheteur, et le commodataire ne l'a pas fait : dans certains cas le propriétaire aura perdu la possession ; dans d'autres, il ne l'aura pas perdue. En effet, le propriétaire ne perd

« pas toujours la possession quand la chose qui lui a été « prêtée en commodat ne lui est pas rendue lorsqu'il la « redemande. Que se produira-t-il en effet dans le cas où le « commodataire, sans vouloir faire perdre la possession au « propriétaire, invoquera une raison sérieuse et plausible « de ne pas restituer? »

Il s'agit ici également d'un détenteur; le propriétaire redemande la chose détenue, ou, ce qui revient au même, ordonne au détenteur de la livrer à un tiers : le détenteur s'y refuse; qu'arrivera-t-il alors? C'est que, si le détenteur a agi ainsi en vue de faire perdre la possession au propriétaire et de l'acquérir lui-même, le propriétaire ne sera plus possesseur et que par suite le détenteur le deviendra, cessant de tenir la chose en vertu du commodat qu'il se refuse à exécuter. Or, n'est-ce pas précisément ce qui se produit dans notre hypothèse? Est-ce que le précariste, par cela même qu'il refuse de restituer la chose, n'a pas l'intention d'en faire perdre la possession au concédant? Ne devient-il pas possesseur comme le devient le commodataire? Et dès lors ne doit-on pas admettre qu'à l'égard du concédant sa possession sera vicieuse tout comme s'il avait possédé la chose au lieu de la détenir seulement quand il était précariste [1]?

[1] Il n'y a pas à s'étonner que la possession du précariste qui devient ainsi possesseur par suite de son refus de restituer la chose soit déclarée vicieuse, alors que rien de semblable n'est dit à propos du commodataire devenant possesseur pour le même motif : la raison de la différence est facile à donner. Ainsi que je l'ai dit au début même de ce chapitre, cette théorie de la possession devenant vicieuse par suite de la nature du fait qui en a amené la continuation n'a trouvé son application que dans le cas où l'ancien possesseur n'avait aucun moyen d'obtenir la réparation du préjudice à lui causé et la restitution de la possession. Or, si telle est la situation du concédant en précaire, ce n'est pas celle du commodant qui pourra toujours, grâce à l'*actio commodati*, reprendre la chose au commodataire qui se refuse à restituer : il était dès lors inutile de déclarer vicieuse la possession du commodataire et de donner au commodant un interdit *recuperandæ possessionis*.

Doit-on tenir un plus grand compte de l'argument que l'on a tiré à l'encontre de notre théorie de la loi 4, § 3 D., *De prec.,* liv. 43, t. 26, déclarant que celui qui a reçu en précaire sa propre chose ne peut pas être valablement poursuivi par l'interdit *de precario?* Si, a-t-on dit, l'interdit *de precario* a pour but de faire cesser une possession vicieuse, si on voit dans cet interdit un interdit *recuperandæ possessionis,* comment admettre qu'il puisse être soulevé un débat sur la propriété? N'avons-nous pas vu que, s'il est naturel que la question de la possession soit tranchée avant la question de propriété, il est au contraire inadmissible que l'on ait à s'occuper d'une question de propriété pour parvenir à la solution d'une difficulté sur la possession[1]. On ne peut permettre au précariste de prouver qu'il est propriétaire de la chose, si l'interdit *de precario* est un interdit *recuperandæ possessionis.* Le texte cité montrerait donc que l'interdit *de precario* n'a pas ce caractère.

Il est néanmoins facile d'expliquer ce texte dans la théorie qui voit dans l'interdit *de precario* un interdit *recuperandæ possessionis.* C'est un principe absolument exact que celui qui veut que, dans un débat sur la possession, on ne puisse soulever une question de propriété, et l'on doit, sans aucune hésitation, en tirer les conséquences suivantes : on reconnaîtra tout d'abord que dans une instance engagée sur le point de savoir qui est possesseur, engagée par conséquent au moyen de l'interdit *uti possidetis* ou *utrubi,* l'une des parties ne sera pas admise à prouver qu'elle est propriétaire ou que son adversaire ne l'est pas, pour faire trancher en sa faveur la question de possession. On admettra également que, quand il s'agira d'une instance en restitution de possession prenant son origine dans une dépossession violente, l'auteur de la violence, en possession actuelle, actionné par l'interdit *unde vi,* ne pourra combattre efficacement la demande formée contre lui en

[1] V. page 292 et suiv.

prouvant que le demandeur n'est pas propriétaire, ou que lui-même a la propriété. Enfin, ce principe conduira à dire que, dans le cas d'exercice de l'interdit *de precario,* le précariste ne pourra se défendre en offrant de prouver que le concédant n'était pas propriétaire. Mais le principe rappelé ne saurait empêcher le précariste de se défendre en prouvant qu'il est propriétaire de la chose. D'où vient donc cette dérogation apparente à notre principe? C'est que l'interdit *de precario,* s'il est un interdit *recuperandæ possessionis,* est en même temps un interdit délictuel ou quasi-contractuel, et que le délit ou le quasi-contrat, faisant naître l'obligation qui pèse sur le précariste, ne peut exister qu'autant que le précariste n'est pas propriétaire de la chose. On ne peut en effet reprocher un dol ou de la mauvaise foi au propriétaire de la chose qui ne veut pas rendre la possession au concédant; on ne peut pas dire qu'il réalise un enrichissement injuste au détriment du concédant quand il se refuse à rendre une chose qu'il a droit de garder, étant propriétaire. On le voit donc, le précariste doit nécessairement être admis à prouver qu'il est propriétaire de la chose, car, cette preuve faite, il établit qu'il n'a pu commettre le délit qu'on lui reproche, qu'il n'a pu réaliser l'enrichissement qu'on lui redemande. Si, au contraire, au cas de dépossession violente, l'auteur de la violence n'est pas admis à prouver qu'il est propriétaire, c'est que cette circonstance est parfaitement indifférente en ce qui concerne le délit de violence qui existe en effet que l'acte ait été commis par un propriétaire ou un non-propriétaire.

Il reste maintenant à répondre encore à deux arguments qui ont été tirés l'un de la loi 15, § 3 D., *De prec.,* liv. 43, t. 26, l'autre de la loi 18 D., même titre.

Le premier de ces textes, supposant que le constituant du précaire s'est fait promettre par stipulation la restitution de la chose, déclare qu'il n'y aura pas lieu à l'interdit *de precario.* Cela, a-t-on dit, se conçoit fort bien si on voit dans l'interdit *de precario* un moyen d'agir créé par le

préteur en vue de sanctionner la convention de précaire et de combler une lacune du droit civil : à quoi servirait l'interdit *de precario* puisqu'il y a l'*actio ex stipulatu?* Mais, ajoute-t-on, cette explication ne saurait être proposée si l'interdit a été établi en vue de permettre au concédant de reprendre la possession : pourquoi ne laisserait-on pas au concédant en précaire le droit de choisir entre ces deux moyens d'action qui ont chacun une origine différente?

On peut répondre en faisant les deux remarques suivantes :

Tout d'abord on doit dire que les explications données dans le système opposé ne sont pas absolument satisfaisantes : on ne voit pas, alors que l'on considère l'interdit *de precario* comme un moyen d'action sanctionnant les obligations qui dérivent de la convention du précaire, pourquoi la stipulation intervenue aurait eu pour effet de faire disparaître l'interdit *de precario*, pourquoi le concédant ne serait pas resté maître de se prévaloir à son gré de l'un ou de l'autre de ces moyens d'action. Cette réflexion vient d'autant plus facilement à l'esprit que le droit romain en est arrivé à munir d'action le précaire et à donner au concédant l'*actio præscriptis verbis :* or, on sait que l'interdit *de precario* a continué à exister à côté de l'*actio præscriptis verbis :* il est inadmissible que les jurisconsultes romains aient décidé que l'interdit *de precario* ne pouvait être intenté par le concédant en précaire qui s'était par une stipulation réservé un autre moyen de redemander sa chose, et qu'il pouvait l'être au contraire quand le droit lui-même a fourni cet autre moyen d'action.

L'explication donnée par le système opposé doit donc être laissée de côté : quelques mots suffiront maintenant pour établir que la solution donnée par la loi 15, § 3 D., *De prec.*, liv. 43, t. 26, n'est nullement en contradiction avec notre théorie qui voit dans l'interdit *de precario* un interdit *recuperandæ possessionis*. Quand le concédant du précaire a fait suivre la concession qu'il a consentie d'une stipulation

de restitution, quand, d'autre part, le précariste a promis cette restitution, les deux parties ont montré qu'elles entendaient faire non pas un précaire, c'est-à-dire un acte n'ayant aucun caractère juridique, mais un contrat véritable. Dès lors les principes spéciaux admis en matière de précaire, précisément parce que le précaire constitue un acte non juridique, ne trouvent plus leur application : il n'y a donc pas lieu à l'interdit *de precario*.

Passons enfin à l'examen de l'argument tiré de la loi 18 D., *De prec.*, liv. 43, t. 26 : ce texte déclarant que le précaire peut être consenti même par un concédant qui ne possède pas, faisant entendre par conséquent que ce concédant aura l'interdit *de precario* montre, dit-on, que cet interdit n'est pas un interdit *recuperandæ possessionis* : un interdit *recuperandæ possessionis,* devant servir à faire recouvrer la possession, ne peut appartenir à une personne qui n'a jamais possédé.

Il suffit de faire remarquer que l'objection qui vient d'être rappelée n'a pas une bien grande importance. En l'admettant comme fondée, il en résultera simplement que la qualification d'interdit *recuperandæ possessionis* donnée à l'interdit *de precario* ne sera pas d'une exactitude parfaite et que l'interdit *de precario* aura, dans certains cas rares d'ailleurs, pour effet de faire acquérir la possession au lieu de la faire recouvrer.

Mais résultera-t-il de là que l'interdit *de precario* n'est pas établi en vue de faire cesser une possession vicieuse, en vue de réparer le préjudice que cause, au concédant, le dol du précariste qui ne veut pas restituer la chose? Résultera-t-il de là que cet interdit a été créé pour sanctionner la convention de précaire, que le précaire constitue par conséquent un véritable acte juridique? C'est ce qui ne peut être soutenu.

Je ne ferai donc aucune difficulté à reconnaître que l'interdit *de precario* qui d'ordinaire est un interdit *recuperandæ possessionis* peut, dans certains cas qui se présente-

ront fort rarement, servir à faire acquérir la possession; mais j'ajouterai qu'on ne devait pas, en ces hypothèses, hésiter à donner l'interdit *de precario*, attendu que le précaire, qu'il soit consenti par quelqu'un qui possède ou par quelqu'un qui ne possède pas, a toujours le même caractère, et que, dans les deux cas, le précariste est également coupable de dol quand il ne fait pas la restitution. Au reste, en faisant cette concession, je ne vais à l'encontre d'aucun texte : nulle part, ni au Digeste, ni au Code, on ne désigne l'interdit *de precario* comme étant un interdit *recuperandæ possessionis*.

Il est temps de conclure. Il faut poser en principe que la possession qui appartient au précariste est une possession vicieuse à l'égard du concédant en précaire, à dater du jour où il a refusé de restituer la chose, lorsque celui-ci l'a redemandée, possession vicieuse permettant au concédant d'intenter l'interdit *de precario* et de reprendre la chose, comme l'interdit *unde vi* donne le moyen à la victime de la violence d'enlever à celui qui s'en est rendu coupable la chose dont elle a été dépouillée et d'en recouvrer la possession. On doit, par conséquent, écarter l'opinion des auteurs qui, ne reconnaissant pas que le précariste qui se refuse à restituer la chose, a une possession vicieuse, veulent que l'interdit *de precario*, étranger à la matière de la possession, ait été créé en vue de sanctionner les obligations que ferait naître à la charge du précariste la concession en précaire. Ce fut là sans doute l'objet de l'*actio præscriptis verbis*, lorsque, au droit classique, on commença à considérer la concession en précaire comme un acte juridique; mais ce ne pouvait être l'objet de l'interdit *de precario* créé beaucoup plus anciennement, à un moment où le précaire, acte de pure générosité consenti par le constituant, n'était nullement un *negotium juris*.

113. — Il est donc établi qu'au cas de concession en précaire le précariste a une *possessio justa* tant que le con-

cédant ne réclame pas sa chose, *injusta* à dater du moment où cette réclamation a été faite : recherchons maintenant quelle est, au point de vue de la possession, la situation du concédant. Doit-on le considérer comme possédant en même temps que le précariste? Doit-on au contraire décider qu'il ne possède pas, qu'il a seulement, grâce à l'interdit *de precario*, le moyen de recouvrer la possession quand il le veut?

On voit ici se poser de nouveau la question de savoir si deux personnes peuvent en même temps posséder pour le tout la même chose, mais elle demande ici à être subdivisée et à être étudiée à deux points de vue différents :

Tout d'abord, tant que dure la concession en précaire, tant que le concédant ne réclame pas la restitution de sa chose, y a-t-il possession simultanée pour le tout du concédant et du précariste? Telle est la première difficulté à résoudre : il s'agit ici de savoir si deux *possessiones justæ* peuvent exister en même temps pour le tout sur la même chose.

En second lieu, le précaire ayant pris fin par suite de la demande de restitution de la chose faite par le concédant, y aura-t-il co-possession pour le tout entre concédant et précariste? C'est se demander alors si sur une même chose il peut exister en même temps pour le tout deux possessions, l'une *justa*, l'autre *injusta*.

Certains jurisconsultes ont soutenu que, avant même que le concédant réclame sa chose, avant que la concession en précaire ait pris fin, ce concédant possédait *in solidum* la chose en même temps que le précariste : « Il « n'est pas douteux, dit Pomponius dans la loi 15, § 4 D., « *De prec.*, liv. 43, t. 26, que le précariste acquiert la pos- « session quand le précaire est consenti en vue de la lui « faire acquérir. Mais on s'est demandé si le concédant « possède aussi. On admet que la possession de l'esclave « concédé en précaire appartient aux deux; au précariste, « car il a l'esclave entre les mains, au concédant, car il

« n'a pas cessé de vouloir posséder. » La raison de cette solution donnée par Pomponius est facile à découvrir : elle se trouve dans la révocabilité *ad nutum* du précaire : cette révocabilité montre que le concédant n'a pas renoncé à la possession de la chose.

Mais la majorité des jurisconsultes était d'un avis opposé, n'admettait pas cette possession simultanée du concédant et du précariste et refusait le titre de possesseur au concédant au moins tant qu'il ne réclamait pas la chose.

C'est ce que fait Julien dans la loi 19 pr. D., *De prec.*, liv. 43, t. 26, déjà citée[1]. Ce jurisconsulte déclarant que deux *possessiones justæ* ou deux *possessiones injustæ* ne peuvent coexister, que deux précaristes ne peuvent posséder en même temps pour le tout la même chose, parce que, étant tous deux *possessores justi* tant qu'existe le précaire, on aurait, ce qui est impossible, deux *possessores justi* de la même chose, ce jurisconsulte, dis-je, devait pour la même raison décider que le concédant en précaire qui serait nécessairement *possessor justus* ne pourrait posséder tant que durerait la *possessio justa* du précariste.

C'est ce que font également Paul et Labéon ainsi qu'il résulte de la loi 3, § 5 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 : en effet ces jurisconsultes, posant cette règle générale que deux personnes ne peuvent en même temps posséder pour le tout la même chose, devaient nécessairement reconnaître que le précariste et le concédant ne pouvaient posséder en même temps la chose à n'importe quel moment et par conséquent pendant qu'était maintenue la concession en précaire. Et, malgré les apparences premières, cette même loi montre que Sabinus et Trebatius devaient aussi reconnaître que, tant que le précariste est *possessor justus*, le concédant ne peut l'être. Et, en effet, si tout d'abord ces jurisconsultes paraissent dire d'une façon générale que précariste et concédant peuvent posséder en même temps pour

[1] V. page 351.

le tout la même chose, la raison qui est ensuite donnée pour justifier cette solution montre qu'elle ne doit être reconnue vraie que dans le cas où le précariste possède *injuste,* c'est-à-dire quand, le concédant ayant réclamé la chose, la concession a pris fin. En effet, nous dit Paul, si Trebatius admettait cette solution, c'était parce qu'il pensait que deux possesseurs, l'un *justus,* l'autre *injustus* pouvaient exister en même temps sur la même chose, tandis qu'il n'aurait pu, à son avis, y avoir deux *possessores justi aut injusti.* Or décider que le précariste et le concédant possèdent en même temps alors que le concédant n'a pas encore redemandé sa chose, alors que le précariste est encore par conséquent *possessor justus,* ce serait dire que deux personnes peuvent en même temps posséder *juste* la même chose, ce qui est considéré comme impossible par Trebatius.

Il était donc assez généralement reconnu que le concédant ne possédait pas la chose tant qu'il ne la redemandait pas, étant donné le principe que deux personnes ne peuvent pas en même temps posséder *juste* la même chose ; mais supposons maintenant que ce concédant ait redemandé la chose et que le précariste ait refusé de la restituer : ce refus aura transformé la possession du précariste en *possessio vitiosa :* le concédant pourra-t-il désormais posséder en même temps que le précariste? Ici on retrouve la controverse étudiée quand on s'est occupé de la possession affectée du vice de violence : il s'agit de savoir si, sur la même chose, il peut y avoir en même temps une *possessio justa* et une *possessio vitiosa.* Il n'y a donc pas à insister à ce sujet : tandis que Sabinus, Trebatius et Julien admettaient la coexistence possible d'une *possessio justa* et d'une *possessio vitiosa* sur une même chose, et déclaraient que le concédant qui a réclamé sa chose la possède *juste* en même temps que le précariste qui a refusé de la restituer la possède *injuste,* Labéon, Paul et Ulpien décidaient que le concédant ne possédait pas. C'est bien vraisemblablement, ainsi que je l'ai fait observer en m'occupant de la possession affectée de

violence, cette dernière opinion qui l'a emporté : c'est d'ailleurs la plus rationnelle.

114. — Cette divergence d'opinions signalée entre les jurisconsultes romains n'avait pas d'ailleurs en pratique une bien grande importance : c'est ce que je vais actuellement établir.

Reconnaître qu'une personne possède, c'est reconnaître qu'une personne a droit aux interdits *retinendæ possessionis*, c'est reconnaître qu'elle peut arriver à usucaper si d'ailleurs sa possession réunit les conditions exigées pour cela : y a-t-il donc intérêt, à l'un ou à l'autre de ces points de vue, à ce que le concédant soit considéré comme possesseur?

Et, tout d'abord, en ce qui concerne les interdits *retinendæ possessionis*, on doit avouer que, non seulement il était inutile de lui accorder le droit de les intenter, mais que de plus, en procédant ainsi, on s'exposait à faire naître des difficultés inextricables. Pour le faire comprendre, il me suffira de rappeler des notions déjà exposées. Le concédant en précaire, on l'a déjà vu[1], n'a nul besoin des interdits *retinendæ possessionis*; certain de reprendre la chose, d'en redevenir possesseur, quand il le voudra, au moyen de l'interdit *de precario*, il peut s'en remettre au précariste pour l'exercice de ces interdits à l'encontre des tiers : en effet, il fera cesser la possession du précariste quand la négligence de celui-ci lui paraîtra dangereuse, redeviendra possesseur et exercera alors contre les tiers ces interdits *retinendæ possessionis*. J'ai ajouté qu'en considérant le concédant comme possesseur et en lui permettant d'exercer les interdits *retinendæ possessionis*, on pouvait faire naître des difficultés insolubles, ces difficultés ont été indiquées à propos de la possession affectée de violence[2] : je me con-

[1] V. page 313.
[2] V. pages 364 et 365.

tente de les rappeler brièvement. Supposez que le précariste ait transmis la chose à un tiers qui soit ainsi devenu possesseur, et qu'un débat soit soulevé au moyen d'un interdit *retinendæ possessionis* entre ce tiers et le concédant, il sera impossible de dire qui devra triompher du tiers ou du concédant, si tous les deux sont déclarés possesseurs.

On le voit donc, au point de vue de l'exercice des interdits *retinendæ possessionis*, la doctrine qui donne au concédant le titre de possesseur, présente des inconvénients sérieux sans procurer aucun avantage.

115. — Et si maintenant nous recherchons quel intérêt il y a, relativement à l'usucapion, à décider que le concédant possède ou ne possède pas, nous nous apercevrons qu'il n'est pas très considérable.

Pour le montrer, distinguons deux hypothèses :

En premier lieu, on peut supposer que le précariste restitue la chose au concédant à la première réquisition de celui-ci.

Nous supposerons ensuite que le précariste, sommé par le concédant de restituer la chose, se refuse à le faire.

Et, tout d'abord, si le précariste rend la chose au concédant, dès que celui-ci la redemande, il est certain que, de l'avis de tous les jurisconsultes, le temps pendant lequel a duré la concession en précaire s'ajoute au temps pendant lequel a possédé le concédant à l'effet de permettre à ce concédant d'usucaper. Pomponius[1] qui, ainsi qu'on l'a dit, déclare que le concédant continue à posséder *juste*, devait facilement expliquer cette solution par la persistance même de la possession. Mais cette explication, acceptable dans sa doctrine, ne l'était pas dans celle des autres jurisconsultes. Tous ces jurisconsultes en effet déclarent que, tant que dure la concession de précaire, le concédant ne possède pas.

[1] L. 15, § 4 D., *De prec.*, liv. 43, t. 26.

Ici intervient la théorie de l'*accessio possessionum :* on sait qu'en principe celui qui acquiert une chose *a non domino*, peut, quand il y a intérêt, soit à l'effet d'exercer l'interdit *utrubi*, soit à l'effet d'arriver à l'usucapion, joindre à sa possession, la possession de ceux qui ont eu la chose avant lui. C'est en invoquant cette théorie que les jurisconsultes romains, qui refusent au concédant la possession tant que dure le précaire, ont pu cependant lui permettre de se prévaloir du temps pendant lequel le précariste a possédé pour usucaper la chose.

« On se demande, dit Ulpien dans la loi 13, § 7 D., *De* « *adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2, si le concédant en pré- « caire peut, s'il le désire, se prévaloir de l'*accessio posses-* « *sionum* relativement à la possession du précariste. Je « pense que, tant que dure le précaire, il ne le pourra « pas; mais on doit dire que, recouvrant la chose après que « le précaire a pris fin, il peut joindre à sa possession celle « du précariste. »

Grâce à la théorie de l'*accessio possessionum*, les jurisconsultes romains qui refusaient au concédant le titre de possesseur tant que durait le précaire, arrivaient à faire profiter le concédant en précaire voulant arriver à l'usucapion du temps pendant lequel a possédé le précariste.

Cette solution est-elle bien certaine? Doit-on se fier aveuglément au texte d'Ulpien qui vient d'être cité? C'est là un point qui mérite quelques éclaircissements, attendu que la solution dont il s'agit n'est pas sans donner lieu à de sérieuses critiques.

En effet, peut-on objecter, celui qui se prévaut de l'*accessio possessionum*, qui joint à sa possession celle de son prédécesseur ne peut invoquer à son profit cette possession que telle qu'elle existait au profit de celui-ci : dès lors la possession qui n'aurait jamais assuré au précariste la propriété, si longue qu'elle eût été, doit être également inefficace quand elle est invoquée par le concédant. Très certainement, le précariste n'aurait pu arriver à l'usuca-

pion : pour qu'une possession soit utile à ce point de vue, il faut qu'elle soit fondée sur un juste titre, il faut de plus qu'elle ait commencé de bonne foi : or, la concession en précaire n'est pas un juste titre, et de plus le précariste n'a pas pu croire, précisément parce que la concession en précaire n'est pas un juste titre, qu'il est devenu propriétaire lorsque la chose lui a été remise. Comment donc cette possession, inutile au précariste pour usucaper, servirait-elle au contraire dans ce but au concédant? Et d'ailleurs n'est-ce pas précisément ce que dit Ulpien dans la loi 13, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2 : « Lorsque, dit-il, on « demande l'*accessio* de la possession de son auteur, on « doit se prévaloir de cette possession, telle qu'elle existe, « avec ses vices; par conséquent, dans l'*accessio*, on tient « compte de la violence, de la clandestinité, ou de la pré- « carité de la possession de son vendeur. » Ulpien reconnaît que celui qui veut joindre à sa possession celle du précariste ne peut faire abstraction du vice de précarité qui affecte cette possession, de l'absence de juste titre et de bonne foi; il montre donc, par ce texte, que la possession du précariste ne peut pas plus conduire à l'usucapion le concédant du précaire que le précariste lui-même, et par conséquent il détruit par avance dans le § 1 de la loi 13, ce qu'il va dire dans le § 7 de la même loi et il en prouve par avance l'inexactitude.

L'objection apparaît certainement comme très forte; elle serait même irréfutable, si on devait s'en tenir aux principes du droit consacrés à l'époque classique. Mais il ne faut pas oublier que nous raisonnons sur une matière qui a été élaborée dans les premiers siècles de Rome. Or, dans le vieux droit romain, toute possession pouvait conduire à l'usucapion, pourvu que le possesseur ne fût pas coupable, relativement à cette chose, du délit de *furtum*[1]; peu im-

[1] V. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique; Sur l'histoire de l'usucapion*, p. 181 et suiv.

portait, alors, qu'il y eût ou non juste titre et bonne foi. Ce principe admis, la théorie exposée par Ulpien s'explique fort bien. Le précariste, si longtemps qu'il possédait, ne pouvait arriver à usucaper la chose : car, pour qu'il acquît ainsi la propriété par usucapion, il aurait fallu, cela est bien évident, qu'il ait voulu l'acquérir; or, au jour même où il aurait eu cette intention, il aurait réalisé les éléments du *furtum*, qui n'existaient pas jusque-là : il y aurait eu, en effet, la *contrectatio rei alienæ fraudulosa lucri faciendi gratiâ*, qui constitue le *furtum*, comme le dit Justinien dans le § 1, t. 1, liv. 4 Inst. Il en était tout différemment, au contraire, si c'était le concédant en précaire qui invoquait à son profit, en vue de l'usucapion, la possession du précariste ; on ne pouvait, en effet, prétendre que la possession du précariste fût entachée de *furtum*, le précariste n'ayant nullement manifesté l'intention frauduleuse de faire un bénéfice en s'appropriant la chose d'autrui : la possession du précariste n'ayant pas le vice qui l'empêcherait de conduire à l'usucapion, l'*accessio possessionum* devait permettre au constituant d'invoquer utilement la possession du précariste pour arriver à usucaper.

Doit-on s'étonner maintenant que, quand la théorie de la *bona fides* et de la *justa causa* a été introduite dans l'usucapion, on ait conservé la solution ancienne, quoiqu'elle ne concordât pas avec les nouveaux principes? Non : on peut tout d'abord remarquer que ce n'est pas seulement en cette matière que se rencontre cette anomalie; dans l'*usucapio pro herede* également, on n'a jamais exigé ni la *bona fides* ni la *justa causa*. En outre, on peut dire que la persistance de l'ancienne solution s'explique mieux au cas de précaire qu'au cas d'*usucapio pro herede*; il n'est même pas exagéré de dire qu'elle s'imposait : en effet, poser en principe que l'on exigera ici, comme partout ailleurs, la *bona fides* et la *justa causa*, c'est aboutir à cette conséquence que le concédant en précaire, qui a abdiqué la possession entre les mains du précariste, ne pourra joindre

à sa possession celle du précariste et sera réduit à recommencer à usucaper le jour où il reprendra la chose, en supposant qu'il réunisse à ce moment toutes les conditions exigées pour commencer une possession utile à cet effet. Pouvait-on se montrer aussi rigoureux à l'encontre d'une personne qui n'a fait qu'abandonner à titre gratuit et révocable la jouissance de la chose? C'aurait été, en réalité, bien inique.

Et que l'on ne dise pas que la loi 13, § 1 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2, prouve que la théorie ancienne a été abandonnée, qu'au droit classique, il était interdit au concédant de se prévaloir de la possession du précariste pour arriver à l'usucapion, celui-ci n'ayant eu ni juste titre, ni bonne foi. Il est facile de montrer qu'Ulpien, écrivant ce texte, avait en vue une hypothèse tout à fait différente de celle sur laquelle nous raisonnons. Sans doute, il déclare dans cette loi que le vice de précarité pourra être opposé à celui qui use de l'*accessio possessionum,* comme au précariste lui-même; mais en s'exprimant ainsi il songe à l'acheteur qui tiendrait ses droits du précariste : c'est ce qui résulte de la façon même dont il présente la solution : *denique,* dit-il, *addimus in accessione de vi, clam aut precario venditoris.* Or, dans ce cas, sans hésitation aucune, on devait reconnaître que la possession du vendeur, inutile à celui-ci pour arriver à l'usucapion, devait l'être également à l'acheteur. Et, en effet, même dans le vieux droit romain, à l'époque où toute possession conduisait à l'usucapion, pourvu qu'elle ne fût pas entachée de *furtum,* cet acheteur n'aurait pas pu joindre à sa possession celle de son auteur, si elle avait été entachée de précarité : le précariste vendeur, étant donné la vente par lui consentie, a eu cette intention frauduleuse de s'approprier la chose, qui, venant se joindre à la *contrectatio rei* qu'il avait comme précariste, complète les éléments du *furtum :* il a donc ainsi, même d'après les principes du vieux droit, rendu sa possession inefficace pour l'usucapion : l'acheteur n'aurait

donc pu, à ce moment, s'en prévaloir. Que l'on ait conservé au concédant du précaire, nonobstant les principes nouveaux, le droit de joindre utilement à sa possession celle du précariste en vue de l'usucapion, comme le lui permettait le droit ancien, cela se comprend fort bien, vu que le maintien de cette solution était demandé par l'équité; mais il aurait été illogique et absurde d'établir cette même solution au profit de l'acheteur tenant ses droits du précariste vendeur, puisque l'ancien droit ne l'admettait pas, puisque les principes du droit classique y étaient contraires, puisqu'aucune considération d'équité ne le commandait. Les deux paragraphes d'Ulpien qui viennent d'être rapprochés ne sont donc nullement contradictoires : ils visent deux hypothèses distinctes, exigeant des solutions différentes.

116. — Nous sommes donc arrivés à reconnaître que les jurisconsultes romains qui refusent au concédant en précaire le titre de possesseur lui permettent de se prévaloir de la possession du précariste pour arriver à l'usucapion, comme les jurisconsultes qui lui maintiennent la possession pendant la durée du précaire. Est-ce à dire néanmoins qu'il est absolument indifférent de se rattacher à l'un ou à l'autre de ces systèmes? Est-ce à dire qu'en tous cas on arrivera aux mêmes solutions?

Il faut répondre négativement, et les solutions différentes que nous allons avoir à constater dérivent de la notion suivante. Dans la doctrine de Pomponius, la possession du constituant en précaire qui existait avant la concession en précaire, continue durant le précaire, et aussi après qu'il a pris fin : c'est toujours la même possession qui s'exerce sans interruption. Dans la doctrine des autres jurisconsultes la possession du concédant en précaire cesse à dater du jour où la concession en précaire est consentie, de telle façon que le concédant qui n'est pas possesseur, tant que dure la concession en précaire, recommence une nouvelle possession quand le précaire prend fin.

De là les conséquences suivantes :

Tandis que Pomponius, admettant que la possession du concédant continue pendant qu'existe le précaire, devait sans aucune hésitation, décider que l'usucapion pouvait s'accomplir au profit du concédant même avant que le précaire ait pris fin, les autres jurisconsultes, au contraire, déclarant que ce concédant ne possède pas pendant le précaire, décidaient que l'usucapion, ne se réalisant qu'au profit d'un possesseur, ne produirait son effet au profit du concédant que le jour où, ayant mis fin au précaire, il aurait recouvré la possession. C'est d'ailleurs ce que dit Ulpien dans la loi 13, § 7 D., *De adq. vel amitt. poss.,* liv. 41, t. 2.

Cette observation peu importante quand le précariste ne refuse pas de restituer la chose au concédant lorsque celui-ci la redemande (c'est là l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons) présente un plus grand intérêt, on le verra bientôt, au cas de refus de restitution opposé par le précariste.

Ce n'est pas d'ailleurs le seul point de vue auquel il y ait lieu de s'attacher pour marquer les différences pratiques découlant des deux opinions. Dans le système de Pomponius, comme la possession du constituant se continue durant le précaire, c'est au début même de cette possession qu'il faudra voir si les conditions exigées pour l'usucapion sont réunies, si le concédant était ou non de bonne foi. Etait-il alors de bonne foi? Il usucapera, alors même qu'ensuite, au moment où il a repris la chose, il serait de mauvaise foi, car il ne commence pas une possession nouvelle. Était-il de mauvaise foi? Il n'usucapera pas, et il ne pourra pas commencer à le faire si, au moment où il reprend la chose au précariste, il est de bonne foi : il continue en effet une possession déjà commencée; il n'y a pas à ce moment *initium possessionis*.

Il va en être au contraire tout différemment dans le système des jurisconsultes qui soutiennent que le concédant ne possède pas tant que dure le précaire. Il commence alors une nouvelle possession au moment où la chose lui est ren-

due, et de là les solutions suivantes absolument contraires à celles que devait admettre Pomponius. Pour que le concédant puisse usucaper, il faudra qu'il soit de bonne foi au moment où il reprend la chose au précariste, puisque c'est à ce moment que commence sa nouvelle possession, et il pourra alors, s'il est de bonne foi à ce moment, commencer une possession utile pour l'usucapion, alors même qu'il aurait été de mauvaise foi quand, antérieurement au précaire, il a été mis en possession.

On voit donc que la question de savoir si le concédant en précaire possède en même temps que le précariste tant que dure la concession en précaire n'est pas sans présenter quelque intérêt pratique : sans doute, étant donné la théorie de l'*accessio possessionum,* le concédant pourra, en principe, se prévaloir pour l'usucapion du temps pendant lequel a possédé le précariste dans l'un et l'autre système; mais il y aura des cas où le concédant, pouvant usucaper si l'on admet l'un des systèmes, ne le pourra pas au contraire si on s'attache à l'autre.

Arrivons maintenant à notre deuxième hypothèse et supposons que le précariste, sommé par le constituant de restituer la chose, se refuse à le faire : nous allons voir que dans ce cas l'intérêt qu'il pouvait y avoir, au point de vue pratique, à se rattacher à l'une plutôt qu'à l'autre des opinions professées par les jurisconsultes romains n'existera que rarement.

On ne le trouve, en effet, que quand les circonstances se présentent de telle façon que l'usucapion était susceptible de se produire avant le refus de restituer exprimé par le précariste : il est certain que, dans le système de Pomponius admettant que le concédant possède pendant que le précaire existe et dans ce système seul, ce refus de restituer est chose indifférente : devenu propriétaire avant ce refus de restituer, le concédant doit nécessairement rester ensuite propriétaire.

Ce résultat, au contraire, ne saurait être admis dans la

doctrine des jurisconsultes qui refusent la possession au concédant durant le précaire : il n'a pu certainement, puisqu'il ne possédait pas, devenir propriétaire pendant que durait le précaire, et l'on peut se demander quelles vont être les conséquences de ce refus de restituer. Remarquons que cette question se pose également dans la doctrine de Pomponius, dans le cas où, au moment où s'est produit le refus de restituer, la possession nécessaire à l'usucapion n'était pas encore complètement accomplie.

Il semble tout d'abord que les solutions seront bien différentes selon que l'on adopte l'une ou l'autre des théories enseignées par les jurisconsultes romains. Reconnaît-on avec Sabinus, Trebatius, Pomponius, Julien qu'il peut y avoir en même temps pour le tout sur une même chose une *possessio justa* et une *possessio injusta?* Il semble qu'on doive en conclure que le concédant, déclaré *possessor justus,* pourra posséder utilement pour l'usucapion même pendant que le précariste, devenu *possessor injustus,* a la chose entre les mains. Déclare-t-on au contraire avec Labéon, Paul et Ulpien que ce concours de deux possessions l'une *justa,* et l'autre *vitiosa* est impossible sur une même chose? On est, peut-on dire, nécessairement amené à décider que le concédant qui ne possède pas tant que le précariste a la chose entre les mains, ne peut pendant ce temps usucaper, et ne commencera à le faire que le jour où, au moyen de l'interdit *de precario,* il aura remis la main sur la chose.

En réalité, il faut dire, à mon avis, que, quel que soit le système adopté, le constituant ne peut usucaper tant que la chose est entre les mains du précariste qui se refuse à la restituer : il faut admettre cette solution même si on décide que le concours de deux possessions l'une *justa,* l'autre *injusta* est possible. Cette solution me paraît commandée par les considérations suivantes :

La situation examinée en ce moment est précisément celle qui se présente au cas de possession affectée du vice de violence : dans les deux cas, il y a possession vicieuse;

dans les deux cas on se demande s'il peut y avoir concours sur une même chose d'une *possessio justa* et d'une *possessio vitiosa* : or les jurisconsultes, qui déclarent ce concours possible reconnaissent que celui qui a été dépouillé, qui, pour eux par conséquent, est *possessor justus*, ne peut usucaper tant que persiste la possession vicieuse de l'auteur de la violence, tant qu'il n'a pas recouvré la chose [1]. Dès lors la même solution s'imposait à l'égard du concédant en précaire : il n'y avait aucune raison permettant de le considérer comme *possessor ad usucapionem* pendant que le précariste qui a refusé de restituer la chose s'en trouvait nanti, alors que la victime de la violence ne pouvait usucaper tant qu'elle n'avait pas recouvré la chose.

Dira-t-on que cette solution est rigoureuse à l'encontre du concédant en précaire qui se verra ainsi, par suite d'un refus capricieux du précariste de restituer la chose, enlever le bénéfice d'une usucapion déjà presque complètement acquise? Il est facile de montrer que cette considération est sans importance.

Tout d'abord le concédant en précaire se trouve ainsi traité de la même façon que tous ceux qui possèdent une chose sans l'avoir entre leurs mains : il est, en prenant comme exemple la situation juridique qui a le plus de rapport avec la concession en précaire, exposé aux dangers qui menacent également le commodant. Celui-ci, en effet, par l'effet du refus de restituer opposé par le commodataire, cesse d'être possesseur et par conséquent n'usucape pas plus que ne pourrait le faire le concédant à qui le précariste ne veut pas restituer la chose [2].

D'ailleurs les inconvénients qui résultent de l'adoption

[1] V. page 357. On a vu que Julien lui-même, quoique admettant que deux possessions l'une *justa*, l'autre *injusta* peuvent coexister sur la même chose, refuse à la victime de la violence le droit de se prévaloir de la *possessio justa* qui lui est reconnue pour usucaper tant que l'auteur de la violence tient la chose. L. 7, § 4 D., *Pro empt.*, liv. 41, t. 4.

[2] L. 47 D., *De adq. vel amitt. poss.*, liv. 41, t. 2.

de cette solution ne sont pas bien considérables en notre matière : la question de savoir si le concédant en précaire peut être considéré comme possédant utilement pour l'usucapion n'a guère d'intérêt qu'au point de vue de savoir si, sa possession continuant sans interruption jusqu'au moment où il recouvrera la chose au moyen de l'interdit *de precario,* il pourra joindre à sa possession celle du précariste. Car autrement, s'il commence une possession nouvelle à laquelle ne pourrait se joindre aucune autre, il importe peu au concédant qu'il puisse posséder utilement pour l'usucapion à dater du jour où le précariste a refusé de restituer la chose, ou seulement à partir du moment où lui concédant a la chose entre les mains : il lui est en effet facile de recouvrer la chose, dès qu'il le veut, au moyen de l'interdit *de precario.* En plaçant donc la question sur le terrain indiqué, au point de vue de la possibilité de l'*accessio possessionum* au profit du concédant, on va voir que l'intérêt n'existe pas. Alors même que l'on déciderait que le concédant possède *ad usucapionem* à dater du jour où le précariste se refuse à restituer, qu'il n'y a par conséquent aucune interruption entre la possession du précariste et celle du concédant, on serait obligé de reconnaître que le concédant ne peut joindre utilement à sa possession celle du précariste en vue de l'usucapion. En effet, on a vu que l'*accessio possessionum* au profit du concédant n'était utile en vue de l'usucapion, lorsque le précariste restituait de son plein gré la chose, que parce que, d'après les principes du vieux droit romain toujours appliqués en cette matière, la possession du précariste que le concédant veut ajouter à la sienne n'est pas affectée du *furtum :* or il n'en serait plus ainsi quand il y aurait eu refus de restituer opposé par le précariste : le refus du précariste dénote l'intention frauduleuse de s'approprier la chose : la possession du précariste est dès lors affectée de *furtum :* l'*accessio possessionum* est donc impossible.

TABLE DES MATIÈRES.

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA POSSESSION.

PARTIE I.

DE L'ACQUISITION ET DE LA CONSERVATION DE LA POSSESSION PAR LE POSSESSEUR LUI-MÊME.

CHAPITRE I.

De l'acquisition de la possession.

Section I.

Du corpus.

SECTION II.

De l'animus en matière d'acquisition de la possession.

CHAPITRE II.

De la conservation de la possession.

Section I.

De l'animus en matière de conservation de possession.

Section II.

Du corpus en matière de conservation de possession.

1° Conservation de la possession des meubles autres que les esclaves.

2° Conservation de la possession des esclaves.

CHAPITRE II.

Conditions exigées pour qu'il y ait acquisition ou conservation de la possession par l'intermédiaire d'autrui.

Section I.

Conditions exigées chez le possesseur.

Section II.

Conditions exigées chez le détenteur.

Pages.

PARTIE III.

CRITÉRIUM PERMETTANT DE DISTINGUER LA POSSESSION DE LA DÉTENTION.

PARTIE IV.

DE LA POSSESSIO VITIOSA.

CHAPITRE I.

DE LA *POSSESSIO VITIOSA* PAR SUITE DU FAIT QUI LUI A DONNÉ NAISSANCE.

CHAPITRE II.

De la *possessio vitiosa* par suite du fait qui en a causé la continuation.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE DES TEXTES

Expliqués ou cités.

Code Théodosien.

Code Justinien.

FIN DE LA TABLE DES TEXTES.

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.



